FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO

LIÇÕES DE TEORIA GERAL DO ESTADO

DADAS NO CURSO DE BACHARELADO
DE 1969 PELO PROFESSOR DOUTOR
ATALIBA NOGUEIRA

SÃO PAULO
1969

OBSERVAÇÃO

São muitas as imperfeições dos apontamentos de aula que aqui vão publicados: certos capítulos apenas em esbôço; outros não terminados; transcrição de textos de alguns autores, dos mais autorizados, quando faltou a taquigrafia.

Isto não obstante, para o aluno assíduo às lições e atento à palavra do mestre, serão de inegável ajuda êstes apontamentos.

Serão editados oportunamente os capítulos derradeiros do curso.

O que mais ressalta, em suas lições, é a originalidade do pensamento do professor Ataliba Nogueira.

YVETTE AMELIA GIRALDI
Membro do Instituto de Direito Público
Coordenadora destas "Lições"

DIGITALIZADO
PELA
BIBLIOTECA NACIONALISTA
BIBLIOTECA NACIONALISTA
bibliotecanacionalista1.blogspot.com
bit.ly/bibliotecanacionalista (drive)

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

A SOCIEDADE

1. Origem da sociedade *(zôon politikón)*. 11
2. Finalidade social *(autarkeia, vitae sufficientia)*. 18
3. Norma jurídica. Ordenação jurídica. Direito e sociedade. 20
4. Autoridade (poder social). 22
5. Diversas formas de sociedade: familiar, religiosa, profissional ou econômica, cultural e recreativa. A dos criminosos. 25
6. Diversas formas de sociedade: a sociedade política — tribo, município, reino, império, polis, tiranado, emirado, sultanado, califado, patrimônio de São Pedro, senhoria, baronado, condado, ducado, principado, república, cidades italianas, flamengas, alemãs. As marcas. 32

PARTE PRIMEIRA

O ESTADO

Noções gerais

7. Origem do estado. 41
8. I. Soberania. 46
9. Monismo jurídico. 49
10. Demais caracteres da ordenação jurídica do estado: .....
II. Regular globàlmente a vida social. 52
11. III. Povo. 56
12. IV. Território. 59
13. V. Poder público. Poder de império como poder jurídico. Definição de estado. 65
14. Confusão vulgar entre política e direito. 68

15. Normas originárias e normas revolucionárias na ordenação jurídica. 72
16. A positividade do direito estadual. 75
17. Pretenso conceito sociológico do estado. 78
18. Personalidade jurídica do estado. 80

A NAÇÃO

19. A nação, grupo humano *sui generis*. Definição. Racismo. 85
20. Não é sociedade. Diferença entre nação e estado. Origem de um e de outro. 89
21. Estado nacional e estado plurinacional. Nação dividida por vários estados. 93
22. Importância da nação e a sua finalidade. O vocabulário usual e a sua crítica. 99

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Principais instituições

23. A. *O estado democrático.* Democracia direta. 103
24. Democracia representativa. Sufrágio universal. Representação sindical. 108
25. Democracia e formas de govêrno. 113
26. B. *O estado constitucional.* 116
27. Princípio da divisão do poder. 118
28. Presidencialismo e parlamentarismo. 122
29. As declarações dos direitos do homem e o seu significado. 134

PARTE SEGUNDA

PROBLEMAS POLÍTICOS E JURÍDICOS DO ESTADO NA ÉPOCA CONTEMPORÂNEA

30. Município. Sua origem natural. 147
31. Município. Definição. Fundamento da sua autonomia. Competência e organização. 158

32. Federação. Origem. Sua distinção do estado unitário. Definição. 173
33. Federação. Seus problemas. Seu futuro. 181
34. O estado liberal. Gênese e definição do liberalismo. 184
35. O estado liberal. Estrutura e valores do capitalismo liberal. ... 190
36. O estado liberal. Refutação do liberalismo. Deficiências do capitalismo. 194
37. Teoria do fim intermediário. 201
38. Refutação do comunismo. A societização. 217
39. A soberania estadual e a ordem internacional. 224

Em futura publicação serão desenvolvidos os capítulos seguintes:

40. O estado socialista. As suas incongruências. Refutação das teorias totalitárias.
41. Marxismo. O materialismo histórico. As classes, a luta de classes, o estado. O proletariado. O partido marxista.
42. Os problemas sociais e políticos na encíclica *Mater et magistra* e na constituição conciliar *Gaudium et spes*.
43. A ordem nacional e internacional nas encíclicas *Pacem in terris* e *Populorum progressio*.

PARTE TERCEIRA

PERECIMENTO DO ESTADO

44. Fatos que o prenunciam no mundo ocidental e no mundo oriental.
45. Formas e institutos jurídicos para regerem os interêsses diversos e superiores aos dos estados. Tendência para a organização pública internacional.

INTRODUÇÃO

A SOCIEDADE

CAPÍTULO 1.º

ORIGEM DA SOCIEDADE

(zôon politikón)

I

1. O objeto da história é o particular ou o individual. Sendo assim, a indagação da origem histórica da sociedade leva-nos a conhecer apenas como surgiu esta ou aquela sociedade.

Tal investigação é por demais restrita para o nosso objetivo, pois interessa saber muito mais que a narração da origem de uma sociedade. Ao nosso intuito não basta, por conseqüência, indagar da gênese de cada sociedade ou seja a sua origem histórica. A história jamais admite dois fenômenos iguais e por isto o que nos interessa saber agora não pode ser objeto de pesquisa histórica.

2. Ocupa-se a sociologia, dentre outros estudos, com o desenvolvimento das sociedades, desde a sua origem.

Seu método, porém, não se coaduna com o estudo de um único fato ou fenômeno, mas requer certo número dêles e mesmo massa de fenômenos a fim de observá-los, compará-los entre si, classificá-los e nêles verificar o que há de constante e assim enunciar a lei sociológica, a saber, o que de regular, uniforme e constante se verificou nos fatos apreciados.

Tal conhecimento, mais amplo que o histórico, é ainda limitado aos fatos observados; também não chega a concluir qual seja a origem da sociedade. É verdade que os resultados são bem diversos do obtido pela investigação a respeito de uma só sociedade, mas, por sua vez, nada nos dizem em relação a tôda e qualquer sociedade, no passado, no presente e no futuro.

Ora, esta última é a indagação que nos interessa. Busquemos, portanto, a origem filosófica da sociedade.

3. Ainda aqui partimos do fato, de ser, enquanto é experimentado. Basta um único ser, explicá-lo, compreendê-lo. É o dado da experiência que nos leva à elaboração do conceito. O ponto de partida, porém, não é a própria sociedade, mas outro.

Observa-se e examina-se um só homem, um único ser humano.

II

4. A observação do homem mostra-nos que, desde o nascimento, necessita de outro ser humano, sem o que não pode viver. É exigência da sua natureza. Desde que se encontra fora do seio materno já os primeiros cuidados são reclamados e sem êles perece. Por si nada pode fazer; carece de outrem. Durante vários anos a criança precisa ainda de prolixos cuidados de outro ser humano. Por dez anos ou mais.

Não se dá o mesmo com o animal:

a) Distingue-se o homem de todos os animais pela *debilidade* com que nasce.

b) Distingue-se também porque o homem requer a comunicação com os seus semelhantes. E o principal instrumento desta comunicação é a linguagem.

c) É perfectível o homem. E a prova mais flagrante da sua perfectibilidade nos é dada pela arte e pelo saber, cujo desenvolvimento é patente e devido ao homem. Não só o aperfeiçoamento intelectual, mas ainda o moral.

A interdependência espiritual e cultural, da mesma forma que a física, necessita de outrem. O homem precisa de outro homem em razão da sua essência íntima, em razão das suas insuficiências.

Já o animal, contràriamente ao homem, tem natureza diversa. Age por instinto: complexo de reações determinadas e hereditárias comuns a todos os indivíduos da mesma espécie.

As formigas constróem hoje os seus formigueiros e as abelhas as suas colméias da mesma maneira que os fizeram pela primeira vez, a saber, desde que existem formigas e abelhas.

Tanto o homem quanto o animal têm o instinto da própria conservação, da nutrição, da defesa, o maternal etc. Mas no animal basta o instinto; já no homem o instinto é insuficiente.

Nadar, voar, construir o ninho, tudo faz o animal por mero instinto. O homem para viver, para ser criado, para desenvolver-se precisa de outro homem, necessita da ajuda alheia.

A natureza fêz o homem com insuficiências. É a sociedade que preenche tais insuficiências. O animal pode até ser gregário e vários dêles são gregários; só o homem é animal social, isto é, que reclama outro homem para a convivência em sociedade. Só o homem exige a ajuda alheia.

Repousa em analogias aparentes todo paralelo entre a vida gregária e a vida social; entre o grupo animal e a sociedade. Daí o emprêgo freqüente das expressões "divisão do trabalho", "tarefas", "direção", "operários", "soldados", "guardas", "rainha", "família", em relação à vida de certos animais gregários. Meras analogias, repetimos, pois as metáforas não constituem base sólida para aproximar a vida em grupo do homem e do animal.

A vida em comum dos animais é fundada só no instinto e em reações hereditárias comuns a todos os indivíduos da mesma espécie.

Absolutamente não há linguagem animal. Há vozes, gritos, sinais de dor e de prazer.

5. Não leve a qualquer engano a linguagem de Aristóteles ao afirmar, no capítulo primeiro da sua "Política", que o homem é o *zôon phisii politikón* (*Polit.*, 1, 2), animal naturalmente político. Político significa o que concerne à polis. Aliás, traduza-se fielmente a sentença de Aristóteles: o homem é o animal que vive na polis.

O contexto, porém, revela de modo claro o seu pensamento. Afirma sempre que a natureza humana, diferente da dos outros animais, exige a sociedade e não o impele apenas para a polis, mera forma de sociedade política, aliás a única que tinha sob as suas vistas na Grécia.

Não deixa dúvida a êste respeito a sua outra notável afirmação: fora da polis só o ser infra-humano e o ser divino.

III

6. Muitos doutrinadores fazem derivar a sociedade de contrato livre entre os homens. Os principais sustentadores desta teoria são Hobbes e Rousseau.

Tomás Hobbes (1588-1679) expõe a sua teoria no "De cive" (1642) e no "Leviatã" (1651), obras que gozaram de largo prestígio. Não cogita de saber se o homem é impelido pela natureza a se completar na sociedade. Pelo contrário, afirma que a sociedade é o resultado da arte do homem, fruto de artifício humano.

Para tanto lança mão de hipótese lógica — *"o estado de natureza"*, que lhe parece útil à demonstração da sua tese.

Onde a razão de ser da sociedade?

Quando ainda se não havia constituído a sociedade, diz êle, viviam os homens entregues ao seu egoísmo, aos seus apetites, guiados pelo instinto natural da própria conservação. Vivia o homem isolado, em sua incomunicabilidade natural. Cada qual tinha direito a tudo: *jus omnium in omnia*, faculdade ilimitada da sua vontade, do seu querer absoluto.

Choca-se o poder de um com o poder dos outros, pois o homem não é sòzinho. A guerra é o estado natural entre êles: *status hominum naturalis bellum fuerit*. Nesta situação o homem é o lôbo do homem: *homo homini lupus*. Só a fôrça e a astúcia decidem tudo, pois não há que cogitar a respeito do justo e do injusto.

Era intolerável tal estado de coisas. O seu têrmo havia de ser, por certo, a ruína comum. A fim de pôr côbro a isto, apelou-se para o mêdo e para a necessidade da defesa comum.

Renunciou cada qual aos seus direitos naturais sôbre tôdas as coisas e assim se constituiu, para proteção e defesa de cada um, uma pessoa artificial, maior e mais forte, para reger a coisa pública e à qual denomina "Leviatã", o monstro bíblico. No frontispício desta obra, publicada em Londres no ano de 1651, coloca uma gravura com a figura de Leviatã, um gigante cujo corpo é formado por infinidade de homenzinhos; sustém na mão direita a espada, símbolo do poder temporal e na esquerda o báculo, símbolo do poder espiritual. Acima da sua cabeça transcreve o texto do livro de Job referente ao Leviatã: "Nada há igual a êle na terra. Nenhum poder há na terra que se lhe possa comparar" (41, 24).

Passou-se assim do primeiro ao segundo contrato: o da submissão, à vontade de uma pessoa física ou jurídica, à qual foram cedidos todos os direitos de cada um, já no tocante à

própria fôrça, já quanto aos próprios meios de defesa. Cessou o *jus ominium in omnia*.

Sujeitos os homens à autoridade, passam as suas ações a classificar-se em justas e injustas, surgem os direitos e deveres, tudo definido pela autoridade, a quem incumbe a defesa e govêrno comum. É, pois, missão do gigante Leviatã também *discernere inter bonum et malum*.

7. A teoria de Hobbes reflete bem o estado do seu espírito em face da pior época da vida política e social da Inglaterra. Guerras civis sangrentas contra el-rei, que terminou decapitado, e o parlamento, que o hostilizou impiedosamente; lutas internas das seitas e igrejas entre si e contra el-rei. Não podia ser lisonjeira a sua visão do homem, que se lhe apresentava com tantas notas de maldade.

De outro lado o seu temperamento tímido levou-o a engendrar a teoria que afinal se baseia no mêdo. O mêdo e o espetáculo das dissenções civis e religiosas é que moveram a pena do escritor político. Daí o seu conceito pessimista do homem e da natureza humana e a sua errada teoria sôbre a origem da sociedade.

8. João Jacques Rousseau (1712-1778) desenvolve a sua doutrina no "Discurso sôbre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens" (1755) e no "Contrato social" (1762). Percorramos uma e outra destas obras apenas para verificar como expõe a origem da sociedade.

Em ambas concita à leitura não dos livros dos historiadores, mas do livro da natureza. Esta não é mentirosa como aquêles. Nem mesmo Hobbes escapa à severidade da crítica.

No *"estado de natureza"* o homem, ao lado do amor à sua pessoa, que o faz zelar pela própria conservação e buscar o próprio bem-estar, possui sentimentos que contrabalançam em cada indivíduo o malsinado "amor próprio" e que concorrem para a conservação do gênero humano. Está sob o império de costumes e de virtudes que nem sequer o levam à tentação de desobedecer à doce voz de tal sentimento interior.

"O primeiro que demarcou um terreno e disse *"isto é meu"* e encontrou gente tão simples que acreditou em tais palavras foi o verdadeiro fundador da sociedade."

No estado de natureza o homem vivia feliz, sem lutas, sem dores, fruindo paz e felicidade. A propriedade privada foi o túmulo da igualdade natural. Antes, os frutos eram de todos e a terra de ninguém. Nasceu livre o homem. De então em diante não no é mais. Principia o seu fadário.

Concorrência e rivalidade, tripúdio do rico sôbre o pobre, exploração do homem pelo homem, a maldade já agora implantada no seu coração, eis o homem na sociedade, bem ao contrário do que era no estado de natureza; o homem artificial em contraposição ao homem natural.

A nova situação reclama a instituição de governantes, mas ainda no interêsse dos ricos, que nêles buscam assegurar melhor a propriedade. Surge daí nova desigualdade: entre poderosos e fracos. "Os vícios que tornam necessárias as instituições sociais são os mesmos que tornam inevitável o seu abuso."

A ninguém a natureza outorgou direitos de mando. "O homem nasceu livre e em tôda parte é acorrentado... Como se operou esta mudança? Ignoro. Que é que a pode tornar legítima? Penso que posso responder a tal questão." São as primeiras linhas do "Contrato social".

Nesta obra o intento de Rousseau é o de ocupar-se com a legitimidade social e não com a história.

Se a natureza não fêz o homem social, também não se pode atribuir a origem da sociedade ao pretenso direito do mais forte: "Que é o direito que perece quando cessa a fôrça?" Não existe o direito do mais forte. Se a obediência provém da fôrça, não provém, portanto do dever.

Para se legitimar a ordem social, torna-se inelutável necessidade remontar a uma primeira convenção, a um primeiro contrato.

Dá-nos o contrato a fórmula suave da obediência às regras da vida social porque afinal de contas os homens não obedecem senão a si mesmos. Todos fazem parte do poder legislativo, que vem a ser o órgão da vontade geral, *la volonté générale*, em virtude da qual os cidadãos só obedecem a leis feitas por êles mesmos, continuando assim tão livres quanto o eram antes de se associarem.

É fonte exclusiva da lei a *volonté générale*, pois cada qual alienou totalmente os próprios direitos em benefício da comunidade. Assim como, diz Rousseau, a natureza a cada homem dá o poder absoluto sôbre todos os seus membros, o contrato social dá à sociedade poder absoluto sôbre os indivíduos.

Ao tempo de Rousseau não era novidade a idéia de contrato social; generalizada, muitos, como Voltaire, até a viam com sarcasmo.

Adota-a e desenvolve-a Rousseau. Não na toma, porém, como narrativa histórica, mas como processo de exposição.

Mostra a necessidade dos homens, por um instante, confiarem os seus direitos à sociedade, que lhos devolve, não mais como *direitos naturais*, mas como direitos *civis*. Todos os homens os recebendo de volta, não há nenhum privilegiado. Firma-se a igualdade. Ao mesmo tempo cada qual conserva a sua liberdade, pois o homem é sujeito tão-sòmente à sociedade, síntese das liberdades individuais. A razão de ser da sociedade é garantir-lhes os direitos que já possuíam por natureza.

Continuam livres e iguais todos os homens, como já o eram no "estado de natureza", ao passo que os seus direitos adquirem a tutela ausente naquele estado.

9. Sem considerar os demais aspectos e conseqüências da teoria de Rousseau, basta-nos o fundamental exposto até aqui para verificarmos que a *legitimação* que faz da sociedade afasta-a da sua única e verdadeira origem, a natureza do indivíduo, tal como é êle hoje e será por todo o sempre. Nada autoriza o pretendido hipotético "estado de natureza".

Havemos de buscar no homem a raiz da sociedade.

CAPÍTULO 2.º

FINALIDADE SOCIAL

(autarkeia, vitae sufficientia)

1. A debilidade, a insuficiência do homem reclamam o convívio com outros homens.

Logo, a finalidade da sociedade é satisfazer tais insuficiências. A natureza humana exige a *vitae sufficientia*. O homem não é autárquico.

Primeira sociedade — família. Não é autárquica.

Que soma de serviços e dispêndio de atividades seriam precisos para uma família bastar-se a si mesma, isolada das demais e só para atender às necessidades mais prementes.

Impõe-se o agrupamento de famílias para daí provirem os benefícios da divisão do trabalho e o mais proveitoso emprêgo das energias.

Trabalho mais fácil e aperfeiçoado. Diferençando a produção.

As ciências, as letras, as artes são fruto de colaboração.

Não se congregam os homens em sociedade senão para alcançar coadjuvação e auxílio no adquirir os bens para cuja obtenção não se bastam as famílias em singular.

Sanar portanto esta insuficiência é o fim da outra sociedade.

O fim da sociedade é suprir esta carência.

Qualquer insuficiência postula nova sociedade: tribo, reunião de tribos. A exigência de certos bens que só são acessíveis em outra sociedade.

Por isto, é o fim que determina a natureza da sociedade: comercial, esportiva, cultural.

2. O fim da sociedade é o bem comum.

Não visa ao bem-estar de alguns ou de uma parte, como também não visa à felicidade de cada um. Se buscasse a felicidade de cada um, como seu fim imediato, a sociedade teria o mesmo fim que tem cada pessoa.

Bem comum não pode destruir a esfera da atividade privada. Sua missão é ordenar a sociedade para ajudá-la dentro de justos limites. Não se congregam os homens em sociedade para perder a sua liberdade, senão antes para alcançar coadjuvação e auxílio no adquirir os bens para cuja obtenção não são suficientes.

Sanar esta insuficiência é o fim social.

Sociedade é a coordenação estável da atividade de dois ou mais homens para atingirem um escopo unitário comum.

CAPÍTULO 3.º

NORMA JURÍDICA. ORDENAÇÃO JURÍDICA. DIREITO E SOCIEDADE

A necessidade de atingir determinado objetivo, fim, é que dá origem a uma sociedade.

Importa disciplinar o comportamento dos membros da sociedade para que ela atinja a sua finalidade. São precisas regras de comportamento.

Não se cogita apenas de coordenar entre si as ações de cada indivíduo singularmente, mas também de coordenar as desenvolvidas conjuntamente por vários indivíduos para a consecução duma única finalidade.

Só é possível por meio de regras que disciplinem o agir humano, organizem num só todo as ações de vários homens.

Só quando existe tal regra que coordena as ações de vários homens é que se diz que existe entre êles uma sociedade de que são membros.

Sempre organização. Sociedade desorganizada é contradição nos têrmos. E a organização só é dada por normas.

A presença duma sociedade implica sempre a presença de regras, de normas de comportamento referentes ao agir humano e pelas quais a atividade vem coordenada socialmente para conseguir o resultado coletivo a que visa a sociedade.

Estas regras ou normas de comportamento que organizam uma sociedade denominam-se normas jurídicas.

Norma jurídica ou direito é a regra de comportamento de uma sociedade para que ela atinja os seus fins.

Benedito Croce amplia.

Outros restringem a um único tipo de sociedade. Ali, normas que pouco têm de comum e não se prestam a estudo unitário.

Aqui, separar-se-iam normas dotadas dos mesmos caracteres fundamentais e aptas a serem estudadas em conjunto.

Ordenação jurídica é o conjunto de normas jurídicas consideradas como unidade.

O conceito de sociedade é todo êle permeado pelo direito e no direito tem o seu pressuposto.

Sob qualquer aspecto que se observe a sociedade ela nos dirige para o direito, vive e existe só em virtude do direito.

Por êle é que se estabelece quem é ou quem não é sócio; organiza as várias atividades (coordena-as efetivamente) de modo apto a conseguir o seu fim.

Caráter normativo das sociedades... Característico da norma jurídica é compromisso, o dever. Sem isto não surge a sociedade.

Nem se pode dizer que a sociedade é conseqüente ao direito. Exatamente é implícita no próprio direito o qual não é direito positivo se não cria efetivamente a sociedade que intenta disciplinar.

Direito positivo e sociedade nascem ao mesmo tempo. São coevos. Não existe um sem o outro: *ubi societas ibi jus* e recìprocamente *ubi jus ibi societas.*

Assim também, onde se afirma a existência de sociedades naturais, como a família, a comunidade humana em geral, afirma-se também necessàriamente, dado o nexo entre sociedade e direito, a existência do direito natural próprio daquela sociedade. Vida, honra, família, liberdade.

Desde que se reconheça a existência de sociedades naturais, é ilógico e contraditório negar o direito natural.

Expressão errada mesmo entre os maiores tratadistas: "estado é a organização política de um grupo social" ou "a sociedade polìticamente organizada".

Pode dizer-se que é sociedade política, isto é, de fins políticos, da mesma forma que se fala de sociedades esportivas, culturais. Mas, é esportiva a organização de uma sociedade esportiva? ou é cultural a organização de uma sociedade cultural?

A organização de umas e outras é sempre jurídica.

CAPÍTULO 4.º

AUTORIDADE

(poder social)

A ordenação jurídica organiza uma sociedade, tendo em vista a finalidade social. Há de estabelecer uma organização adequada, distinta da massa dos sócios, encarregada de prover à realização do escopo social e dotada de autoridade.

Seja um indivíduo, sejam vários, importa haver órgão que atue em nome da sociedade, desenvolva trabalho contínuo para que seja alcançado o escopo social.

Compete a tal órgão ou órgãos o poder de comando, de dar ordens, as quais, de acôrdo com o ordenação jurídica, hão de ser obedecidas para assegurar a realização do escopo social.

Coletividade, indivíduo, órgão, há sempre um poder de comando confiado a alguém.

Discute-se aqui o problema da chamada coatividade das normas jurídicas.

Afirmam muitos que para serem jurídicas as normas hão de ser coativas ou, como dizem outros, providas de sanção.

São necessárias sanções para a observância das normas e procedimentos coercitivos para a aplicação das sanções. É a natureza humana que as exige, embora não aplicadas na maioria dos casos.

A obrigação jurídica tende a apresentar a peculiaridade de acrescentar alguma nota às características gerais da obrigação abstratamente considerada.

Deixando de lado a coercitividade, a coação ou a sanção constituem tal peculiaridade.

Acompanha normalmente as normas jurídicas um sistema de sanções destinadas a assegurar a eficiência prática, a pressão

externa sôbre aquêle a quem se dirige a obrigação, em virtude da qual é induzido a conformar-se à obrigação ou em virtude da qual se realizam igualmente, mesmo contra a vontade do obrigado, certos resultados (coatividade das normas jurídicas). É opinião comum na doutrina dominante há longo tempo, que tais fatos não constituem fato essencial para o direito e dêle não se pode retirar nota distintiva do direito.

Quando a obrigação contida numa norma vem provida de sanção, esta não é elemento da primeira norma, mas conteúdo de norma diversa e independente da primeira.

Há uma norma que impõe às partes observar as obrigações nascentes do contrato, e há outra norma que impõe às mesmas partes a obrigação de ressarcir os danos ocasionados pela inobservância das obrigações contratuais. Há norma que impõe pagar tributos ao estado. E outra que consente, no caso de inobservância da obrigação, a execução forçada dos bens do obrigado, além de outras conseqüências financeiras ou penais.

Em suma, no caso da sanção, as normas são sempre duas: a que dispõe sôbre o dever e a que dispõe sôbre a sanção, isto é, em última análise, outros deveres no caso da transgressão do primeiro. O mesmo se dá nas normas penais.

A norma que prevê a obrigação e a que prevê a sanção no caso de inobservância da obrigação, são portanto duas normas substancialmente diversas. Diz a primeira que verificadas tais condições é obrigatório certo comportamento. A segunda que, verificando-se certas outras condições, entre elas a inobservância do primeiro dever, surge aquêle evento, a execução forçada dos bens, a privação da liberdade pessoal, etc., que figuram como sanções.

Sendo assim, é claro que a sanção, longe de ser característica das normas jurídicas, é tão-só o conteúdo específico de certas normas jurídicas.

Na ordenação jurídica há normas que contêm, e outras não, sanções. E além disto há obrigações para as quais não é prevista nenhuma sanção: o monarca é declarado totalmente irresponsável; para órgãos constitucionais, na república, são previstas várias irresponsabilidades — quando são declarados imunes da jurisdição criminal os representantes diplomáticos estrangeiros

o direito não afirma que a el-rei, aos órgãos constitucionais, ao diplomata estrangeiro seja lícito praticar qualquer delito.

Se a sanção fôsse momento essencial da norma jurídica, teríamos como conseqüência que o direito seria produto da maldade dos homens e a sua função seria meramente negativa.

Na sociedade humana ideal, em que todos cumprissem os seus deveres sem necessidade da ameaça de medidas coercitivas, desapareceriam o código penal, os processos de execução e em geral tudo quanto recorda as atuais sanções. Desapareceria o direito e pois, a sociedade.

Ora, êles existem devido à necessidade de os homens viverem em sociedade, de buscarem escopos comuns, de colaborarem entre si para tal fim. Subsistiriam mesmo naquela condição mítica e propiciariam os mesmos problemas e as mesmas fórmulas jurídicas, exceto apenas as concernentes às sanções, tornadas inúteis. Seriam eliminadas como o são hoje, no tocante aos órgãos constitucionais ou outros que merecem a confiança de observarem espontâneamente o direito. Basta a segurança, não sendo necessária a sanção.

A sanção não concorre nem de modo indireto para a definição do direito.

Assim é também refutada a doutrina da fôrça.

Resta dizer uma palavra sôbre: *"Non est enim potestas nisi a Deo"* (Apóstolo São Paulo, Epístola aos romanos, 13, 1).

Deus é o autor da natureza. Fêz assim a natureza do homem. Esta necessita da vida social, da sociedade. Por sua vez não pode haver sociedade sem autoridade: "Não existe, pois, poder senão de Deus", "A autoridade é ministra de Deus, posta para o teu bem" (idem, versículo 4).

Nada tem com a "teoria do direito divino dos reis", nem com certas doutrinas teocráticas (a chamada escola teológica), tôdas absolutamente erradas.

Por último, as teorias anarquistas, que ainda hoje se afirmam por inteligências desgarradas, negam a autoridade ou poder social, com fórmulas sedutoras e de elevação da pessoa humana.

CAPÍTULO 5.º

DIVERSAS FORMAS DE SOCIEDADE: FAMILIAR, RELIGIOSA, PROFISSIONAL OU ECONÔMICA, CULTURAL E RECREATIVA. A DOS CRIMINOSOS.

I

Há enorme riqueza de formas sociais. As mais variadas e díspares.

Tôda vez que haja um fim a atingir pode coordenar-se estàvelmente a atividade dos vários homens nêle interessados. Surge daí a organização de nova sociedade.

Em outras palavras, os homens podem julgar-se deficientes para obter algum bem que lhes seja necessário; mesmo já reunidos em sociedade, e mesmo em mais de uma, não encontram outro meio de satisfazer tal insuficiência a não ser em outra sociedade.

A própria antropologia nos descreve numerosas formas de sociedade em todos os graus de civilização.

Basta acompanhar o resultado das pesquisas etnológicas da escola histórico-cultural, na sua distinção e repartição dos círculos culturais no mundo *atual*: a) nas civilizações ou culturas primitivas; b) nas civilizações primárias da caça maior, da cultura menor, do pastoreio nômade; c) nas civilizações secundárias ou compostas: da cultura menor combinada com o pastoreio nômade; da caça maior combinada com a cultura menor, do pastoreio nômade combinado com a caça maior; d) nas grandes civilizações.

Em tôdas estas civilizações encontramos formas variadas de sociedade. E note-se, contràriamente ao que ensina o evolucionismo, tais culturas não são de evolução linear, mas concomitante.

O princípio é que há de haver tantas sociedades quantos interêsses coletivos ou deveres coletivos. Em outras palavras, tôdas as vêzes que os homens, nos vários grupos a que pertençam, sintam a sua insuficiência para atingir determinada finalidade, tal finalidade postula nova sociedade. O grupo formará assim nova sociedade em que possam alcançar aquêle bem que é comum a todos os seus membros. O comportamento de todos os seus membros importa ser disciplinado para que se atinja o fim entrevisto.

Há, portanto, não uma hierarquia de sociedades, mas várias ou muitas sociedades concomitantes e paralelas. São a sociedade familiar, religiosa, profissional, econômica, beneficente, cultural, recreativa, esportiva e muitas outras, sem esquecer a dos criminosos.

II

A consideração das diversas sociedades leva-nos a estudar as relações entre a norma jurídica e a moralidade, entre a moral e o direito.

Devemos refletir sôbre o problema, tendo diante de nós a organização das várias sociedades, principalmente as dos criminosos. Busquemos no estudo destas últimas as mais afamadas dentre elas.

A *máfia,* a *camorra* napolitana, a *mão-negra* espanhola, a *gang* e a *cosa nostra* americanas, a *Klu-Klux-Klan,* também americana, são sociedades de perfeita organização para alcançarem a respectiva finalidade. Umas visam a fins lucrativos por meios desonestos e contrários à ordenação jurídica *do estado* (tráfico ilegal de drogas e bebidas, roubo de sedas e peles, assaltos a bancos, lutas entre patrões e sindicatos); outras tem objetivos políticos (assassínio de governantes, ação contra negros, católicos e judeus). Tôdas são sociedades secretas.

Apresentam organização perfeita, grandes cabedais, normas, obrigações e deveres, costumes, jerarquia sòlidamente organizada, linguagem convencional, tribunais próprios, juramento severo. Exigem dos seus sócios devoção e coragem. Os seus chefes gozam de grande poder na sociedade e fora dela. O seu prestígio estende-se sempre à política, pois influem nas eleições.

III

Constituem normas jurídicas (direito) as que organizam até a sociedade dos criminosos?

Uma pluralidade de homens em busca de um fim dá vida a normas positivas. Não resta dúvida que as ordenações da máfia, da *gang,* de tôdas as sociedades criminais, bem como a do partido proibido, são ordenações jurídicas. Não seriam sociedades, com os seus caracteres específicos, sem a ordenação e sem a positividade da sua ordenação. E justamente por esta positividade se aquilata a validade das obrigações que estabelece e que são de fato observadas. A finalidade é-lhe irrelevante. Mesmo se o fim é torpe.

Aliás, sob o aspecto da positividade em nada é o estado diferente de qualquer outra ordenação social.

A positividade é atributo de tôda ordenação social e não apenas da ordenação do estado, bastando que se realize por virtude própria e por fôrça própria. É preciso que seja capaz de impor deveres àqueles aos quais se dirige e tenha eficácia prática e execução; que seja observada pelas pessoas que consideram seu dever conformar-se com tais normas. Seja a norma da *gang* americana, seja a do estado americano. É o mesmo. Escreveu Aristóteles que na sociedade dos bandidos são precisas normas para a divisão dos despojos.

O problema da justificação da ordenação jurídica, se ela deva ser observada, qual o seu valor e em que limites se há de conter, tudo isto escapa à mera positividade. Outros princípios e outros critérios é que se ocupam com tais problemas.

Também não se cogita de saber se para os próprios que a seguem é verdadeira ou falsa a concepção que acompanha a norma jurídica, nem se se pode aplicá-la ainda a quem jamais lhe deu consentimento ou a quem cessou de aderir-lhe.

Da positividade não se pode extrair a resposta. Importa recorrer-se a um princípio superior, a um princípio moral.

A mais ou menos acentuada imoralidade de uma norma é, sob o aspecto de ser norma jurídica, consideração de todo irrelevante.

Pela sua imoralidade negar a existência de uma norma que existe, ou para colocá-la em harmonia com os princípios morais fazê-la dizer o que ela não quer dizer, seria pura e simplesmente falsear o verdadeiro, alterar conscientemente o fato histórico. O jurista tem diante de si o direito positivo e nada mais.

Por isto é que há de reconhecer as várias ordenações jurídicas: a de cada estado, a da comunidade internacional, a da igreja, a de tôdas as sociedades, inclusive as sociedades ilícitas, a sociedade clandestina que opera revolucionàriamente no próprio estado.

Se são normas positivas, são normas jurídicas.

IV

A ordenação jurídica do estado tem sido muitíssimas vêzes, em muitos pontos, injusta ou imoral. Pode ser cem vêzes má e entretanto não deixa de ser norma jurídica.

Há, pois, um direito justo e um direito injusto.

Se são normas positivas, são normas jurídicas.

Sòmente os que seguem a doutrina estadualista é que podem insurgir-se contra a nossa teoria, pois para êles é direito só o dimanado do estado. Não consideram jurídicas as ordenações canônicas, nem as das demais associações. Só a do estado ou na medida em que êle reconhece ou autoriza outras ordenações, porque o estado é a única fonte do direito.

Em última análise o que dizem é que o estado é a fonte da moral. Ora, a ordenação jurídica do estado tem sido muitíssimas vêzes, em muitos pontos, injusta, o que quer dizer imoral, pois a justiça é virtude moral. Pode ser cem vêzes má e entretanto não deixa de ser por isto norma jurídica. A norma jurídica estadual autoriza o credor a reduzir à miséria o devedor; não deixa, porém, de ser jurídica.

A fôrça obrigatória do direito independe do seu valor moral. À luz da moral deve o direito ser apreciado e, assim, pode

ser moral ou imoral, justo ou injusto. De qualquer modo é sempre direito.

A moral avalia, pesa e sopesa o direito, de acôrdo com os seus cânones, consoante as suas medidas, da mesma forma que o estado confronta com o seu direito o de cada sociedade que encontra em seu território, declarando se está ou não o direito delas de acôrdo com o seu próprio direito. Assim como o estado repudia o direito de outras sociedades, quando em conflito com o da sociedade que êle é, também a moral julga da moralidade das normas jurídicas do estado e das de tôda e qualquer sociedade.

A sociedade política, em face da moral, é sociedade como as demais sociedades.

Nem o estado pode negar que tôdas as sociedades são organizadas pelo direito e não só êle, nem a moral pode negar que é jurídica a norma que organiza qualquer sociedade, mesmo aquelas normas que não convenham com o fim último do homem.

Em nada se diminui ou distorce a regra moral. Apenas se distinguem os campos de uma e de outra, o da norma moral e o da norma jurídica.

O valor moral de tôda e qualquer norma jurídica é aferido pela moral, pois a ela não pode esquivar-se nenhum ato humano. Todo e qualquer ato humano deve ser avaliado de acôrdo com os preceitos morais. Ora, as normas jurídicas positivas são atos humanos, não podem ser subtraídos ao julgamento moral. A moral, com a sua medida invariável, classificá-los-á em morais ou imorais.

Dizemos — *com a sua medida invariável* — e aqui está um ponto de controvérsia muito maior que o exposto até êste momento.

É que nem todos admitem que a moral é eterna e imutável. Para êstes o bem e o mal não passam de aspectos variáveis e contingentes, dependentes seja dos costumes seja do direito positivo do estado.

Afirmamos que há atos humanos intrìnsecamente bons ou intrìnsecamente maus, consoante se dirigem ou não para o fim último da natureza. O critério é, pois, essencialmente objetivo.

A distinção entre atos morais e imorais, conseqüentemente, se encontra por tôda parte. É universal. O homem, nos vários círculos culturais, ou seja em todos os graus de civilização, independente dos costumes reinantes, louva umas ações e reprovam outras. O filósofo mais empedernido no ceticismo moral sente a injúria grave que se lhe assacam ou o prejuízo que lhe causam e os tem na conta de repreensíveis e vituperáveis. Há um juízo moral que classifica os atos humanos em bons e maus.

Tais atos são medidos por norma absoluta, permanente e invariável.

O que seja o homem de bem ou o canalha todos o sabem. Inquiramos a respeito os nossos companheiros de estudo e de trabalho. Indaguemos em qualquer parte do Brasil ou do mundo. Peçamos resposta aos mais velhos, a nossos pais, avós, aos mais longínquos antepassados. Os livros registram a resposta dada a esta pergunta há séculos e milênios. Não há discrepância. São uníssonos na resposta àquela pergunta. Repetimos que há medida invariável para se aferir da moralidade dos atos humanos.

O roubo, a usurpação, a injúria, a maldade, a mentira são classificados de modo igual pelos homens de todos os quadrantes da terra, em tôdas as épocas.

Não aludimos, é óbvio, a cada indivíduo ou a cada caso particular, à conveniência individual de tal ou qual homem, em tal caso particular. Deixamos o caso particular para considerarmos a totalidade das relações humanas.

O que é imoral agora não será moral com o tempo e vice-versa.

Aplica-se integralmente à norma jurídica justa ou injusta, quanto acabamos de afirmar. Seja norma do estado, seja da igreja, seja de qualquer sociedade.

A justiça é virtude moral. Da mesma maneira que a moral avalia os atos humanos, também avalia a norma jurídica, com a sua medida invariável e classifica-a em justa e injusta.

Segue-se que a justiça ou injustiça de uma norma jurídica não se avalia pela natureza da sociedade que ela organiza (a natureza da sociedade é dada pela sua finalidade): sociedade política, religiosa, esportiva, de beneficência, mercantil, profissional, de criminosos.

Por último, cumpre repetir que o que varia são os usos e costumes. Não a moral. Não é ela relativa ao tempo e lugar, mas absoluta em todos os tempos e lugares. Como os usos e costumes variam também a linguagem, a moda, as formas econômicas e políticas, a arte, a técnica, o direito positivo.

CAPÍTULO 6.º

DIVERSAS FORMAS DE SOCIEDADE: A SOCIEDADE POLÍTICA — TRIBO, MUNICÍPIO, REINO, IMPÉRIO, PÓLIS, TIRANADO, EMIRADO, SULTANADO, CALIFADO, PATRIMÔNIO DE SÃO PEDRO, SENHORIA, BARONADO, CONDADO, DUCADO, PRINCIPADO, REPÚBLICA, CIDADES ITALIANAS, FLAMENGAS, ALEMÃS. AS MARCAS.

I

1 — Quando a sociedade política se funda na parentela, constitui a *tribo*. Em turco se diz horda; em escocês clã, mera questão de linguagem, pois é sempre a tribo.

{ nômades ou sedentárias } Conselho dos anciãos = chefes de família

Existem tribos nas cinco partes do mundo.

Indígenas do Brasil estudados por { Colbachini. Egon Schaden, da nossa Universidade.

2 — *Município*. A vizinhança gerou a necessidade de serviços comuns, em tôda parte do mundo. Necessidades idênticas fizeram surgir instituições análogas correspondentes.

Portanto, não é preciso recorrer ao { mimetismo ou transplantação

É sociedade que em regra surge naturalmente. A estas sociedades políticas tentam absorvê-las as sociedades políticas maiores.

3 — *Reino*. Império. Território e seus habitantes sujeitos a el-rei; vasto território, sujeito ao imperador.

Herdavam. Dividiam por seus filhos ou por seus generais. El-rei podia doar parte. Conquistavam outros reinos. O império dos maias buscou a sua independência até depois da conquita espanhola (1542-1697).

4 — *Polis*. Sociedade política grega. Intraduzível.
Desde que não existe mais o que os gregos denominavam polis, também não temos palavra que lhe corresponda.

Só em Creta, 50 polis resultaram do esfacelamento do reino, após a morte de Agamenão.

5 — *Tiranado*. Não tem o colorido do nosso têrmo tirano.
Não era vocábulo grego. Viera da Lídia (Ásia menor, terra de Creso). Grécia sob império Lídio.

Recordavam os gregos o que deviam aos tiranos. Principalmente em Atenas.

Pisístrato, parente e observante das leis de Sólon, a quem cumulou de honras. Governou bem. Devemos-lhe a Ilíada e a Odisséia.

Clístenes, grande popularidade.

Dionísio, de Siracusa.

Degeneraram os tiranos!

6 — *Islão*. Árabes, mouros, muçulmanos. Moçárabes, cristãos submetidos aos muçulmanos.

Emirado (amirado), sociedade sob o govêrno do emir (amir).

Califado (califa = sucessor). Numa das partes, predominância tribal; em outras, províncias { Bagdá Córdoba Damasco

Sultanado (sultão = soberano) (imã = soberano). Território sob emir, xeique, bey (Tunis)

Índia { rajá / samorim, rei de Cabarte

Não são formas políticas meramente históricas. Até hoje, emirados, sultanados, aldeias beduínas (geralmente nômades).

Kuwait. O xeique Abdalah, emir do Kuwait, um dos cinco homens mais ricos do mundo.

Em 4.º lugar entre os países produtores do "ouro negro". Em 1963, ingressou nas Nações Unidas. Só uma espôsa (muçulmanos até 4).

Sultanado de Zanzibar caiu em 1964 sob influência comunista, valendo-se dos africanos contra os latifundiários árabes.

7 — *Patrimônio de São Pedro.*

No século VII havia patrimônios na Itália, nas Gálias e até na África. Do século VIII em diante restringiu-se ao ducado romano.

Doação de Pepino, o Breve, ao papa são Zacarias, acrescida de outras doações (Princesa Matilde, etc.).

Eram os bens fundiários da Igreja, administrados pelos papas: propriedades agrícolas e urbanas.

No campo político, a situação era confusa. Havia feudalismo e outras formas políticas.

Anarquia: conquistas e reconquistas de barões, condes. Houve até a venda de Bolonha.

Houve dependência ao Sacro Império Romano-Germânico. O Patrimônio de São Pedro pagava ao fisco imperial impostos fundiários e outros tributos.

De certa época em diante, as comunas tratavam com o papa de potência para potência. Já o papa nomeava magistrados, cunhava moeda e tinha tropa mercenária.

O papa, afirmando-se soberano, deu início ao estado pontifício.

Alexandre VI (Bórgia) é que lhe deu a feição de estado moderno.

8 — *Senhorias.* Simplesmente a denominação senhorias, ou baronado (barão = senhor feudal), condado, ducado, principado.

Senhoria de (jurisdição, domínio, "dominus") { *um* barão / *um* conde / *um* duque / *um* príncipe } títulos que êles mesmos se davam e que se equivaliam.

Eram senhores feudais: Feudo é o contrato entre o suserano e o vassalo, em que pactuam fidelidade recíproca e a prestação de certos serviços, entre os quais o militar. Feudalismo é movimento jurídico-econômico, contratos e obrigações, direitos complexos sôbre a terra. Senhores cunhavam moeda; exército; justiça.

9 — *República,* comuna, burgo.

São denominações de certas senhorias (República tem numerosos significados na nossa matéria).

Movimento comunal foi geral na Europa.

Bárbaros haviam arruinado as cidades pobres e a escassa população.

A burguesia criou as instituições locais: administração, justiça, cultura.

Liberdades comunais: cartas de direitos, em maioria compradas a dinheiro.

A burguesia elegia os magistrados, o conselho comunal.

Milícias comunais.

A comuna batia moeda, possuía selos e armas.

Excelente regime econômico: corporações de ofício.

Instituições de caridade e instrução.

Construíram monumentos: tôrres com sino para rebate, câmaras legislativas, igrejas, mercado, casas das corporações. Cercavam os burgos com muro e erguiam fortificações.

Nas comunas é que se deve estudar a vida social da idade média. Habitavam-na nobres, comerciantes, trabalhadores.

Querelas entre comunas. Liga lombarda contra Frederico, Barba Roxa (1125-1190). Bruges e flamengos contra Felipe, O Belo (1268-1314).

PARTE PRIMEIRA

O ESTADO

CAPÍTULO 7.º

ORIGEM DO ESTADO

I

1. Importa não confundir dois estudos de todo diversos: a história das doutrinas políticas e a história das instituições políticas.

Ocupa-se a primeira com a exposição das teorias referentes às sociedades políticas, desde os primeiros filósofos e pensadores cujos escritos chegaram até nós e que meditaram a respeito da vida do homem em sociedade.

Consiste a história das instituições políticas na narração dos fatos relativos à organização jurídica das sociedades políticas, especialmente a exposição dos institutos que se adotaram para atingir a finalidade nelas entrevista. Baseia-se em testemunhos: monumentos e documentos. As teorias políticas ordinàriamente precedem o desenvolvimento das instituições e com elas se entrelaçam intimamente.

O estado é uma das formas de sociedade política. Assim, é tarefa da história das instituições políticas descrever as relativas ao estado, narrando o seu aparecimento, desenvolvimento, transformação e desaparecimento. Torna-se, portanto, a história do estado.

Desde logo se há de indagar qual a origem "histórica" do estado. Conservamos a expressão "histórica" por ser consagrada pelo uso dos mestres, não obstante tal estudo ser tìpicamente sociológico, pois reside na observação de muitas sociedades políticas e não apenas de uma única (cf. o capítulo primeiro, início).

Ver-se-á como foram surgindo as instituições que o compõem em dada época histórica. Como se foram afeiçoando aos poucos,

com o acréscimo sucessivo de notas características a ponto de diferençar o estado das demais sociedades políticas.

O estado não existiu sempre, seu conceito não é racional. Não há nenhum nexo lógico entre as notas características do estado, a presença de uma não implica necessàriamente a de outra. Elas se foram juntando històricamente até formar o ser jurídico que assim se denominou.

Quando surgiu o estado? Como se deu o seu nascimento?

II

2. Havemos de remontar à idade média, do meio para o fim daqueles mil anos de história da humanidade.

Duas aspirações dominavam a vida daqueles tempos: a unidade espiritual e a unidade política.

A primeira delas foi atingida com a vida cristã, sob a chefia única do papa. As maiores dissenções de ordem material, as contínuas lutas de ordem política não afastavam os homens da vida religiosa única, na única igreja que os congregava. Tais lutas não atingiam o poder espiritual do papa, mesmo quando êle também era parte naquelas contendas.

A outra unidade, a unidade política, entretanto, não passou além de aspiração. Buscaram realizá-la até mesmo os papas, sem contudo lograr o seu intento.

Instituíram o Sacro Império Romano-Germânico, para a obtenção do objetivo, à semelhança do antigo Império Romano, mas nunca foi atingida a pretendida unidade. A própria autoridade dos imperadores mal se fazia sentir na Alemanha e em parte da Itália, pois não eram obedecidos nem pelos príncipes alemães nem pelas cidades italianas. Não havia instituições imperiais, nem leis imperiais, nem funcionários imperiais, mas apenas o imperador. Não constituiu sociedade política. Tratava-se de senhor feudal com alguma preeminência *moral* sôbre os demais. Pretendeu por mais de uma vez usurpar a autoridade pontifícia para poder tornar-se realmente chefe do mundo de então.

Na verdade a vida social da Idade Média apresenta miríades de sociedades, as mais várias: as senhorias feudais, as comunas, os burgos, as cidades italianas, flamengas, alemãs. Para aumentar ainda mais o fraccionamento social havia as corporações de ofícios, corporações universitárias, as ordens de cavalaria, as ordens hospitalares, as ordens de resgate de escravos e por fim as ordens religiosas. Evidente paradoxo, pois justamente a unidade espiritual é que alimentava aquêle pulular de sociedades políticas.

As funções sociais eram exercidas por essa multidão de entidades, numa variedade e riqueza de organizações.

Nelas se entrelaçava o feudalismo, cuja característica é o contrato entre o suserano e o vassalo. Tem êste a posse condicional da terra, que não pode vender nem legar; presta homenagem ao suserano, isto é, o juramento de fidelidade e determinados serviços entre os quais o militar.

O senhor feudal por sua vez compromete-se a dar proteção ao vassalo e aos servos da gleba. É seu dever organizar a defesa comum em tôrno do feu ou feudo e no próprio castelo, que é a fortaleza comum. Chefe militar, adestra os mais aptos, armando-os cavaleiros. Os servos da gleba são os peões.

A hierarquia é fundada no vínculo de homenagem, que caracteriza o contrato de feudalidade. E sòmente entre os contratantes há hierarquia. Os senhores feudais estabelecem certa dependência entre si, mas não há absolutamente nenhuma autoridade superior.

Alguns senhores feudais se chamavam reis, mero título histórico, pois eram senhores tanto quanto os duques, condes, barões. Ducados, condados, baronados eram senhorias feudais grandes ou pequenas, não importando aquêles títulos, tanto assim que muitos dos mais potentes se denominavam apenas senhores feudais e nada mais. A realeza dos Capetos, por exemplo, não passava de título vão, pois a França era tão só a Ille de France e arredores, pequena senhoria feudal.

Na Idade Média não há poder público, funções públicas. É anacronismo o emprêgo desta linguagem, pois constitui êrro aplicar-se aqui o vocabulário de outras épocas.

Cada senhoria feudal se regia pelo seu direito. Não se pode falar em direitos privados, pois se há de referir apenas aos di-

reitos de cada senhoria. Impossível a distinção entre direito público e direito privado. Só o direito de cada senhoria. Cada feudo cunhava a sua moeda. Quando entrava em guerra, não se pode denominá-la "guerra particular", como desavisadamente o fazem alguns. Por que "particular"?

Da mesma maneira cada comuna, cada corporação dos mesteres, a universidade, as ordens de cavalaria e as demais eram regidas pelo direito que cada qual delas editava para si. Não lhes havia poder superior. Regiam-se pelas autoridades próprias.

III

3. Caracteriza a Idade Média não apenas a fragmentação política como ainda a luta freqüente entre as numerosas senhorias. Tais lutas criavam a insegurança geral e acarretavam uma situação de vexações e rapinas.

Surge por isto, no emaranhado da vida social da Idade Média, a homenagem de senhor feudal a outro senhor que lhe viesse em socorro. Mas o juramento a princípio não ia além da exigência de tributos e colaboração para a guerra. Com o correr dos tempos já não se trata mais de situação jurídica entre o senhor, que era suserano em relação aos seus vassalos e por sua vez vassalo em relação a outro senhor feudal a quem pedira proteção, quando atacado.

Êstes senhores passaram a posição superior. A pouco e pouco estenderam o seu poderio territorial e político. Ficaram acima daqueles e daqui é que surge o soberano.

Decidiu-se pois a luta, já na baixa Idade Média, não em favor do papa ou do imperador, não em favor daquelas entidades menores, mas em favor do soberano.

De um lado o soberano contestou a existência de autoridade superior a dêle, a do imperador e em muitos casos a do papa. De outro, afirmou a própria supremacia sôbre tôdas as outras formações menores existentes no seu interior.

Prolongou-se a luta. Foi longa e áspera e cada vez mais se afirmava o soberano e com êle surge o instituto da soberania.

Novamente se vê que o título que se arroga o soberano nada significa. O verdadeiro não é chamar-se "rei" ou usar outra denominação equivalente, mas o fato de se achar acima de quantos — senhores ou não — se encontrem no seu território sob o seu poderio.

É o território, é o poder, são-nos a êle submissos; é, finalmente, a ordenação jurídica emanada sòmente da vontade do soberano. Ao pluralismo jurídico segue-se o monismo jurídico.

4. Vai-se constituindo assim o estado. A luta contra o feudalismo, as autonomias comunais, as corporações e as ordens não passam de momentos da grande luta para o estado se constituir.

De um lado, é entidade suprema, não se subordina a qualquer outra. De outro lado, submete ao seu poder quantos estejam na esfera de domínio territorial que é sua. É ilimitada a sua autoridade e incondicional a sua superioridade.

A vitória nem foi total nem instantânea, mas obra de séculos.

A final, quando a soberania passou da pessoa do soberano para a do estado, já então êste se apresenta na plenitude de suas características, entre as quais a do povo governar-se e não ser governado. Iremos estudar o instituto da soberania, o território, a cidadania, bem como as demais notas que distinguem o estado de qualquer outra sociedade política existente no passado ou no tempo presente.

CAPÍTULO 8.º

I. SOBERANIA

1. No final da idade média desaparecem simultâneamente o velho sonho da unidade e a maioria das autonomias medievais.

   Concentram-se os podêres no soberano.
   Instituto da soberania.

   O soberano é o único árbitro dos destinos do seu reino, sem nada de externo que o tolha e o impeça de buscar finalidades mais gerais.

   Na luta contra as autonomias existentes internamente, esforça-se por anular ou reduzir tôdas, colocando-as sob a sua estrita dependência.

A luta contra { o feudalismo / as autonomias comunais / as corporações } { são momentos da grande luta para o estado se constituir }

a) De um lado não reconhece nenhum superior a si mesmo, erige-se em entidade suprema, não subordinada a qualquer outra.

b) De outro lado, significa que o estado não admite que haja igual a si próprio na esfera de domínio territorial que considera sòmente sua: devem todos depender dêle e reconhecer a sua superioridade incondicional e a sua autoridade ilimitada.

   É o Estado absoluto.

   Não significa que a vitória fôsse total. Houve resistências, como a da Igreja Católica e a postulação de uma comunidade internacional, ambas a afirmarem os seus direitos. A luta entre elas e o estado não cessou nunca; ora mais acesa, ora menos aparente.

2. A pouco e pouco o soberano também se foi afirmando superior às normas de lealdade, de honestidade, de moral, de direito natural.

   Passou a não reconhecer mais nenhuma ordem objetiva, princípios e regras cujo cumprimento se lhe impunha. Êste último véu foi sendo removido para realmente ser plena a sua soberania: única ordem objetiva, ao mesmo tempo jurídica, moral e racional.

3. Com tôdas as suas características já se apresenta o estado por ocasião da paz de Westfália (1648).

   Teve que aderir a uma das duas grandes concepções políticas existentes. Aliás, o estado partiu de uma delas e aos poucos lhe foi inserindo elementos da outra concepção, mesmo a ela contrários { concepção pagã / concepção cristã }

A. A vida política do antigo mundo helênico enchia-o e é difícil de entendê-la hoje. Havemos de recorrer forçosamente aos nossos esquemas e conceitos modernos. A polis era simultâneamente comunidade política e igreja. O viver natural do homem é o viver na comunidade política. Ela é que lhe dá a moral, a religião, a arte, tôda a infinita riqueza da vida espiritual.

   Não é tanto a consciência da sua individualidade o que avassala o homem, mas a convicção de pertencer ao grupo do qual recebe quanto possui de melhor. Para o pagão era ímpio erguer-se contra a polis. O cidadão não passa de reflexo da polis. Fora dela é animal ou seria Deus.

   Não há distinção entre sociedade política e indivíduo, simples parte do todo, sujeito ao bom funcionamento do todo.

   Fazer exigências à polis é o mesmo que exigir algo de Deus.

   Os conceitos modernos de absolutismo e de democracia não se podem aplicar ao mundo antigo helênico. Perdem o seu significado.

   É, ainda, concepção particularista: nem a vista da humanidade tôda, nem a do homem. Sòmente o cidadão e o cidadão daquela polis, não de outra.

B. O cristianismo transformou aquelas concepções. Só então surgem os problemas que até hoje nos preocupam. O cris-

tianismo foi o maior acontecimento revolucionário de tôda a história humana.

Para encontrar-se a si mesmo e à sua qualidade humana não precisa o homem da sociedade política. Ela não é a sua criadora e sim Deus é o seu criador. Êle inscreve na alma humana a sua lei e dota-o com a razão e a capacidade de distinguir o bem e o mal. Nasceu homem, independente da sua participação num ou noutro grupo político.

Nada de arbitrário. Há uma lei universal, válida para todos os homens e mediante a sua razão é apto a dela participar. A lei moral e a lei do amor cristão são profundamente diversas da lei da polis e da lei do império romano. Surge nova sociedade, mais ampla e de conteúdo diferente. Tem como ponto de partida o homem. A sociedade política só há de explicar-se pelos serviços espirituais e materiais que pode prestar à humanidade.

Daí constituir grave problema a soberania do estado. O indivíduo não está disposto mais a reconhecer cegamente tôda imposição que provenha da associação política. Ergue-se com a sua dignidade humana inata diante e contra o estado. Obedece em certos casos, em outros não. A vida pública há de justificar-se em têrmos humanos e de organizar-se a serviço do homem. Ou da comunidade se chega ao indivíduo e à humanidade, ou é do homem e das suas necessidades que se chega a alcançar a vida política associada. Não há terceira solução.

Partindo da segunda solução o estado regrediu à primeira.

CAPÍTULO 9.º

MONISMO JURÍDICO

1. Afirma-se o soberano. Perduram durante certo tempo, em maior grau aqui e menor ali, os direitos editados pelas corporações, pelas senhorias, pelas comunas. Mas, a pouco e pouco, um direito comum se impõe. O soberano tolera o poder de legislar das antigas sociedades políticas, cujo direito já agora é vigente tão-só porque é assim tolerado e o soberano edita o direito comum na medida que entende necessário.

   Coincidem êstes fatos políticos com o reaparecimento do paganismo. Renasce o mundo antigo greco-romano nas letras, nas artes, na filosofia e igualmente na política e no direito.

   O renascimento do direito romano oferece ao soberano um direito já elaborado e até certo ponto adequado ao que pretendia. Em face da insegurança e da luta entre as várias sociedades políticas medievais, em face da multiplicidade dos direitos que cada qual delas editava, impunha-se antes de mais nada a obediência ao direito dimanado do soberano. Ora, diziam os legistas, êste já se encontra nas normas do direito romano. Basta trazê-las de nôvo à vida. E surgiam os textos fundamentais: "legum servi sumus ut liberi esse possimus". "Omnia in corpore iuris inveniuntur". Aplicam ao direito do soberano. Encarregam-se os glosadores (conferir a sua missão) de adaptar as normas do direito romano à vontade do soberano.

   O soberano reivindica, um após outro, os títulos jurídicos que o direito romano atribuía ao imperador romano e se arroga prerrogativas da "majestade imperial". Em substituição ao direito de cada senhoria feudal, ao direito de cada

comuna, de cada corporação, impõe o direito comum. Ao pluralismo jurídico segue-se o monismo jurídico. O próprio direito canônico é tolerado naquilo que o soberano quer. Assim, a separação entre o poder temporal e o espiritual, estabelecida por Inocêncio III, toma outro sentido por parte do soberano: o sentido da laicização.

O renascimento do direito romano expressava a idéia de que a autoridade do soberano encontrava a sua justificação acima das variações particulares para buscar o interêsse geral. Gravitava em nôvo centro a ordem política.

Direito, daqui por diante, só o do soberano. Também era prerrogativa do poder imperial romano criar impostos. Só o soberano os institui.

Com o andar dos tempos, da pessoa física passa a soberania para o estado. Luiz XIV (morto em 1715): *"L'état c'est moi"*: Eu é que sou o estado.

Soberania é o poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências.

Analisar palavra por palavra.

Soberania é instituto jurídico totalmente nôvo. Não o conheceram o mundo antigo e o medieval.

Por esta característica é o estado o regedor único e onipotente do comportamento humano. Nada lhe é superior, nem mesmo a ordem moral; nada lhe dita normas ou o limita.

Tampouco admite o estado partilha dêste poder. Não reconhece outras ordenações jurídicas a não ser quando lhe convenha. A soberania é inalienável, indivisível, ilimitada. Conclui-se de tudo quanto dissemos que estado é estado absoluto. Se hoje em dia já declinou o conceito de soberania, vai igualmente desaparecendo o próprio estado. Soberania onipotente, originária, único cânon de avaliação das ações humanas. Se não, vai desaparecendo o estado.

2. Impera o monismo jurídico, que é a exclusividade da ordenação jurídica estadual. Exclusividade do direito positivo do estado.

Opõe-se ao pluralismo jurídico, que consiste na coexistência de várias ordenações jurídicas na mesma sociedade política: o direito natural, direito canônico, direito das numerosas sociedades que vivem no âmbito do estado.

O monismo jurídico estabelece a supremacia do direito interno sôbre o direito internacional. Todos os mais direitos só se aplicam na medida e enquanto o quer a vontade do soberano.

CAPÍTULO 10

DEMAIS CARACTERES DA ORDENAÇÃO JURÍDICA DO ESTADO: II — REGULAR GLOBÀLMENTE AS RELAÇÕES SOCIAIS

As ordenações jurídicas e as sociedades que elas constituem podem ser muito várias na sua estrutura e dar lugar a tipos entre si diversos, de acôrdo com os vários característicos que possuem ou que não apresentam.

Interessa-nos exclusivamente investigar quais são os caracteres distintivos do estado.

Em virtude do estado ser uma sociedade, precisamente a sociedade estadual, constituída sôbre a base da ordenação jurídica estadual, a definição do estado sòmente se pode obter investigando quais os traços característicos que apresentam diante de qualquer outra, seja a ordenação jurídica estadual, seja a correlata sociedade estadual.

Estado, conceito empírico

Em virtude dêsse próposito, preliminarmente importa notar que o conceito de estado é conceito eminentemente espírico, resultante do fato de os homens viverem agrupados em sociedade de certo tipo, distinguída não por um só elemento, mas pela concomitante presença de vários elementos, cujo conjunto dá a noção de estado.

É por isto que não encontramos nenhum nexo lógico entre os vários elementos do estado, nem existe qualquer exigência racional para que, necessàriamente, devam encontrar-se reunidos. Pondo-se de lado exigências práticas, nada impede que amanhã os homens vivam em sociedade de outro tipo. Nestes últimos

tempos têm surgido críticas vivazes contra o estado e de vários lados se desenhou a oportunidade de substituí-lo por formas associativas de gênero totalmente diferente e às quais já não se poderia aplicar aquela denominação. Diante de alguns exemplos concretos ora existentes, como a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, pode duvidar-se, com bastante fundamento, se a denominação de estado se lhe deva aplicar só pela fôrça da tradição, pois a União Soviética apresenta na realidade alguns requisitos substancialmente diversos dos que comumente apresenta o estado.

Diferença entre os fins do estado e os das demais sociedades

O estado, na sua acepção comum e tradicional, apresenta como elemento maiormente típico ao qual importa dar relêvo principal, o fato de que é êle uma sociedade, como se denomina usualmente, política, ou então, como mais recentemente denominam outros, sociedade total. Se encararmos a maior parte das outras sociedades ou associações, como as sociedades comerciais ou associações culturais ou, ainda, para buscar exemplo no campo internacional, as Nações Unidas, notamos logo que cada qual destas instituições foi criada para atingir uma particular e característica finalidade: propõe-se cada uma delas realizar escopo bem delimitado, isolado e preciso. É-lhes vedado assumir outros encargos ou, se os assumisse, isto implicaria a modificação em sua própria estrutura, de tal forma que o instituto pareceria ter mudado de natureza.

Indefinidos os fins do estado

Diversamente é o que se dá, em se tratando do estado. Não tem êle como fim específico nem a administração da justiça, nem a defesa militar, nem a tutela da ordem pública, nem a fiscalização da economia. Ainda que se ocupe destas tarefas e de outras numerosíssimas, aparecem como indefinidas as finalidades do estado. Quaisquer que sejam as funções que o estado assuma em dado momento, elas não exaurem jamais a esfera possível

da sua atividade; e continuamente o vemos abandonar antigos objetivos e assumir outros novos.

Por isto, é o estado a comunidade política de fins gerais, não voltada para alguma finalidade específica.

Quanto dissemos, não significa que os fins do estado sejam indeterminados e incertos, de tal maneira que quando se constitui o estado não se saiba a que deva êle exatamente servir.

Mas podem ser determinados

Surge o estado com fim preciso e determinado: regular globàlmente, em todos os seus aspectos a vida social de cada comunidade. Surge o estado, com o propósito ambicioso de monopolizar a vida social inteira de dado grupo humano e de colocar-se como seu único regulador. Não se ignora que ao lado do estado existem outras sociedades, por exemplo as províncias, os municípios, as sociedades comerciais, as várias associações. Tôda estoutra vida social se desenvolve sob a égide do estado e no estado encontra o seu fundamento e o seu limite. Pretende sempre o estado que não escape à sua autoridade ou ao seu poder nada de quanto pertence às realizações sociais dos homens. Podem constituir-se vínculos sociais de todo independentes do estado e estranhos à sua esfera; surgem êles, porém, inevitàvelmente, em antítese com o estado e em contraste com êle. Havemos de ver as poucas exceções a êste princípio, particularmente em matéria religiosa.

Tendência absorvente

Tende o estado a absorver tôda a esfera das relações sociais, tornando-se quando menos o seu árbitro. Trata-se, todavia, de simples tendência jamais realizada, nem mesmo no estado moderno ou modernissimo que dela mais se avizinhou. Devido à lição de alguns dentre os mais eminentes cultores do direito público, principalmente de Santi Romano, não nos enganamos com as aparências e sabemos que mesmo em nossos tempos exis-

tem e podem existir outras comunidades fora e independentes do estado.

Seja como fôr, importa por ora salientar que não se podem assinar como específicos do estado êstes ou aquêles fins, mas que a sua característica, ao contrário, é a de prefixar, como escopo único, o regulamento completo de tôda a vida social da comunidade, pelo que havemos de ver o estado dirigir a sua atividade ora em um sentido ora em outro, de acôrdo com a circunstância de certas matérias serem, ou haverem cessado de ser, ou se tornado de utilidade social antes que de interêsse individual.

CAPÍTULO 11

III. O POVO

O estado é uma comunidade política. Vale a seu respeito quanto dissemos de modo genérico a propósito do direito; intrometendo-se em tôda a vida dos homens, a ordenação estadual é fator potentíssimo de coesão humana e, ao mesmo tempo, de distinção entre os que lhe são sujeitos e os que lhe não são sujeitos.

De fato, não surge o estado para regular a vida da humanidade inteira: dirige-se a um círculo determinado de indivíduos que constituem grupo, sociedade e que através da marca comum que recebem da ordenação estadual, podem afigurar-se como unidade e ter denominação coletiva: o povo.

O povo e os fins do estado

Quantos compõe o povo? Aquêles para cujo regulamento global das relações sociais surge e se mantém o estado, denominam-se cidadãos do estado. O povo, pois, está em relação estreita com os fins do estado: tem por fim o estado regular a vida social de um grupo de indivíduos dotados de certa estabilidade e permanência, os quais considera como seus cidadãos. Assim, de tal forma é êste liame que desde o momento em que desaparecessem todos os cidadãos do estado, desapareceria o próprio estado, pois não seria possível mais atingir o próprio fim que se propunha realizar.

Conceito de cidadania

O conceito de cidadania é exclusivamente conceito jurídico. São cidadãos do estado aquêles e sòmente aquêles que as normas do estado sôbre cidadania consideram como tais. Haja

ou não haja vontade de tomar parte na vida comum em dada organização estadual, esta vontade não é tomada em consideração.

São cidadãos não os que desejam ser ou que tenham consciência de o ser, mas os que a lei declara tais. Problema diverso dêste (problema de política e, em parte, de moral) é o de saber se o estado apenas pode ou deve atribuir a qualidade de cidadão sòmente aos que possam constituir uma unidade, por possuírem caracteres comuns como, por exemplo, lingüísticos ou religiosos.

Êste princípio tem influído no estado moderno. Não faltam exemplos, entretanto, de povos cuja unidade resulta exclusivamente da tradição política e de longa permanência num mesmo estado.

Cidadãos e não cidadãos

Jurìdicamente a cidadania se configura como um *status* e mais precisamente como o *status civitatis;* quer dizer que àqueles que são cidadãos se atribuem certos direitos e deveres, pelos quais se encontram em situação jurídica particular bem distinta daquela em que se acham os que não são cidadãos. Assim, requer-se dos cidadãos particular fidelidade ao estado, o cumprimento de certas obrigações, como a prestação do serviço militar; são-lhe reconhecidos certos direitos como os direitos políticos, o direito à proteção diplomática no estrangeiro etc. Errôneo seria, entretanto, identificar a relação de cidadania com a atribuição de um ou de outro dêstes deveres ou direitos. Todos, ainda os mais essenciais, ou faltam em outras épocas históricas, ou faltam, ainda hoje, em casos particulares. Quanto ao mais, o conceito de cidadania não é dado pela presença de um ou de outro, mas só pelo princípio fundamental já por nós enunciado, do qual êstes direitos e deveres são simples manifestações, por vêzes contingentes. O que importa para que se tenha noção da cidadania e, conseqüentemente, de estado, é que haja distinção fundamental entre os que são cidadãos e todos os outros (estrangeiros, apólidas) que o não são e que para os primeiros subsista um *status* especial, do qual resulta que sòmente êles são

membros da comunidade estadual, ou seja, que a ordenação estadual é adrede constituída e tem como fim específico e essencial prover ao regulamento da vida social dêles.

Preocupação constante do estado para com um grupo

Concebido dêste modo, o conceito de cidadania é adequado seja ao estado moderno, seja ao mais antigo. Costuma-se contrapor o cidadão do estado moderno ao cidadão do estado absoluto, que não participava como aquêle participa, da vida do estado e não gozava dos direitos de que goza o cidadão de hoje. Mesmo na sociedade política da antigüidade clássica e no feudalismo e ainda no estado absoluto, como no estado moderno, sempre houve certo e determinado grupo de indivíduos cujas relações sociais foram reguladas pela entidade política, que considerava esta função como seu objetivo fundamental e essencial.

Note-se que o fim único e essencial do estado é regular a vida social dos seus cidadãos. Poderá o poder do estado exercer-se sôbre outras pessoas — estrangeiros ou apólidas — mas a natureza das relações muda então completamente; não aparece mais pròpriamente como fim do estado, mas simples meio para servir os cidadãos. Mesmo quando a atividade do estado se exerce em relação a êsses estranhos, no interêsse dêles, o que visa o estado é servir aos cidadãos.

CAPÍTULO 12

IV. TERRITÓRIO

Afirmamos que para a ordenação estadual é essencial não a presença de multiplicidade de indivíduos (não apenas a ordenação estadual, mas também nenhuma outra ordenação jurídica é possível sem a presença de fato dos indivíduos a que se dirigem as suas normas), mas a presença de um povo, de um grupo humano considerado sob particular ângulo visual.

O PORISSO A NORMATURIDICA DEPENDER, PARA SOBREVIVÊNCIA, DO FATO SOCIAL - QUE É DINÂMICO.

Necessidade de uma sede para o estado

É isto que se expressa e se concretiza com o instituto da cidadania. Importa agora imediatamente acrescentar que o estado não pode ser definido sòmente pela ordenação destinada a regular de modo total as relações sociais de determinado povo; importa considerar ainda que deve tratar-se de povo fixado estàvelmente num território. *As tribos nômades, ainda que apresentem todos os outros atributos de estado, não constituem estado pela falta de sede fixa. Segue-se daí que a presença do território tem importância substancial, ainda em face dos outros atributos do estado, os quais se considerariam de modo diverso e receberiam diversa configuração sem o elemento territorial.

O território e a ordenação estadual

Em conseqüência dêste seu caráter peculiar, o território é tomado em consideração particular pela ordenação estadual. Se de um lado o estado tem como fim regular as relações sociais entre seus cidadãos, de outro lado, igualmente, tem como fim regular tôda relação que surge no seu território. Os dois princí-

* PREDOMINA, AQUI, A DEFESA À ESCOLA DARWINIANA CONTRA KELSEN E DONATI.

pios estão em dependência estreita um do outro, dada a conexão entre povo e território.

Quanto aconteça no território interessa à comunidade nêle fixada, a qual edita, mediante a sua ordenação, completa disciplina das relações que aí se desenvolvem.

O regulamento da vida social em determinado território é tão essencial para o estado, quanto o regulamento da vida social no grupo humano que constitui o seu povo. Assim, como complemento de quanto dissemos no capítulo anterior, podemos indicar desde já esta primeira característica do estado, atinente à sua finalidade essencial e constituindo a sua própria razão de ser: estado é a ordenação cujo fim específico e essencial é regular globàlmente as relações sociais dos membros de determinado povo fixado em dado território.

A concepção jurídica de território

No que respeita particularmente ao território, note-se que por tal expressão não se entende apenas a terra firme, mas ainda algumas porções do mar próximo à costa (mar territorial, golfos, baías internas, etc.). Mede-o cada estado segundo critério próprio que, todavia, não costuma ir além de quinze ou vinte quilômetros. É ainda território a atmosfera ou espaço aéreo, tanto acima da terra firme, quanto das porções marítimas.

O território em relação a outro estado

Importa notar, em segundo lugar, que a comunidade estabelecida sôbre um território considera-o como destinado exclusivamente ao seu gôzo e em geral ao seu uso. Mas êste caráter é tomado em consideração não com referência ao interior da comunidade, como agora fazemos, mas sòmente quando a comunidade haja de ser examinada em relação a outras. Falar do uso exclusivo de um bem por parte de um indivíduo só tem significação quando com isto se queira excluir dêste bem todo o uso possível por parte de outros indivíduos que, eventualmente, se encontrem em concorrência com o primeiro. Êste caráter do

território, portanto, é tomado em consideração na ordem internacional que, justamente, é a que lida com os estados entre si, um com o outro, e não no direito interno, em que cada estado é estudado em si mesmo, como se apenas êle existisse.

Natureza do direito do estado sôbre o território

Quanto à figura jurídica a que o território dá lugar, no tocante à ordenação estadual, excluímos, não obstante doutrinas autorizadas e difundidas em sentido oposto, a tese que atribui ao estado algum direito sôbre o território. Invocam alguns 1) o direito real; outros, 2) o direito sôbre a própria pessoa, outros se referem a outros direitos. Parece que não levaram em conta que um direito, qualquer que lhe seja a natureza, há de manifestar-se de modo concreto e preciso. Por isto que a todo direito de um indivíduo correspondem deveres por parte de outros, ao direito sôbre o território deveriam corresponder deveres da parte de outros indivíduos.

E é da indicação precisa dêstes deveres e de seu conteúdo e características que se poderia deduzir a natureza do direito do estado sôbre o território.

Acontece que se não encontra o menor traço de tudo isto nas ordenações internas. Ao pretenso direito do estado sôbre o território não é possível dar nenhum conteúdo preciso; não é possível dar exemplo convincente de deveres de outros indivíduos internos para com o estado no que respeita ao território. Nem mesmo o farão os que como Donati melhor estudaram o argumento. Só nos resta concluir pela inexistência total de qualquer direito do estado sôbre o território ou, ao menos, não é de excluir que no passado fôsse o território objeto de um particular direito público, nem tampouco é de se excluir que algum resíduo de tal concepção haja permanecido em algumas ordenações mais ligadas à tradição, como a inglêsa. Mas, então, não é a relação geral, essencial e característica existente entre o estado e o território.

Trata-se de poder territorial

Em outras palavras, não há sôbre o território direito específico, distinto do que se denomina poder territorial, isto é, poder

que se exerce sôbre outros objetos, em particular os indivíduos, e a respeito dos quais o território tem apenas função de limite.

Todavia, como já o dissemos em relação à cidadania, não acreditamos que se possa definir o território sòmente como circunscrição, como limite do poder do estado. Exerce-se êste poder de modo igualmente pleno, ainda em territórios que não pertencem ao estado, como os territórios em administração. Além disto, o território, de modo idêntico à cidadania, não tem apenas significado negativo, mas também positivo. Os cidadãos e o território são, respectivamente, as pessoas e o lugar em que se há de exercer o poder para os quais e no qual o estado é instituído.

O poder do estado fora dos seus limites

Pode exercê-lo, ainda, fora de tais limites, da mesma forma que a sociedade comercial pode praticar atos de beneficência ou promover investigação científica, mas deixaria de ser estado se cessasse de exercer o poder naquela direção; fora disto, o estado age ou por interêsse que lhe é estranho e a serviço do qual se coloca excepcionalmente ou, então, na realidade, para a mais completa realização, ainda que indireta, do fim que lhe é próprio.

É da mesma essência do estado regular, pôr em ordem dado povo e dado território. Isto se traduz jurìdicamente, no que respeita ao povo, na relação de cidadania que se encontra e se há de encontrar em todo estado, mas que é por si mesma expressão vazia e que assume significado concreto sòmente em virtude das várias leis que realmente estabelecem distinção entre os cidadãos e os não cidadãos.

No que toca ao território, há uma série tôda de atividades do estado, que se desenvolvem exclusivamente dentro dêle e há fatos numerosos que produzem diversas conseqüências , caso se verifiquem ou não no território do estado (também o nascimento no território acarreta conseqüências para a cidadania). Há normas que disciplinam o ingresso ou a saída do território, etc. Tôdas estas normas se referem sempre à mesma entidade territorial designada como território do estado e é sòmente por meio de todo êste complexo de normas que se pode apreender o que significa para o estado o seu território. Como a cidadania é puro *status*, o território nacional é simples qualificação, que assume significado concreto em virtude das normas que determinam quais as conqüências resultantes e qual seja, portanto, globàlmente, a posição do território em face do estado.

Importa salientar que de tais normas resulta e necessàriamente há de resultar, para que haja o estado, que o território seja considerado a sede estável da comunidade. Em virtude disto, êle demonstra o seu interêsse por tudo quanto nêle aconteça e se arroga o poder de dispor a respeito.

Espécies de território

O território do estado compreende a terra firme, o mar territorial, o espaço aéreo, o subsolo, os navios de guerra, as aeronaves militares e navios mercantes, êstes só quando no mar livre, e a sede das legações.

Limites do território

Quanto à superfície terrestre, o território é delimitado por fronteiras naturais ou artificiais, no geral fixadas por tratados, convenções, etc., ou resultantes de posse longa e pacífica (*uti possidetis*) ou na base de princípios consuetudinários.

Mar territorial

Mar territorial é o mar junto da costa. Onde termina? Quais os seus limites? Diversos critérios, conforme as diferentes épocas. A princípio até onde alcançasse a vista humana. Depois, a partir da escola do direito natural, no século XVII, chegava até onde alcançasse o poder das armas: "*imperium terrae finitur ubi armorum potestas*". Com o extraordinário progresso das armas de artilharia, foi preciso fixar-se o limite do mar costeiro, o que foi feito até três milhas e orça agora por cêrca de quinze

ou vinte quilômetros.* Em 1942, os estados da América convencionaram, entre si, ampliar o limite do mar territorial.

Para além do mar territorial existe o mar livre (*mare liberum*), comum a todos os estados, mesmo que não sejam marítimos. Entre ambos a faixa contígua e abaixo a plataforma submarina (ou continental).

Espaço aéreo

É ilimitado o espaço aéreo. Poder-se-ia dizer que vai *usque ad sidera*. Ilimitado também é o subsolo, que vai *usque ad inferos*.

Navios, aeronaves, edifícios das missões diplomáticas

Os navios de guerra, onde quer que estejam, são território do estado; igualmente, as aeronaves de guerra. Os navios mercantes, em pôrto estrangeiro, não constituem território do estado; em alto mar, porém, são território do estado cuja bandeira ostentam. Aeronave nenhuma pode sobrevoar o espaço aéreo, sem permissão do govêrno do estado de que é parte o referido espaço.

Os edifícios das missões diplomáticas constituem também território do estado que elas representam.

* AGORA EM TORNO DE 200 MILHAS, NO BRASIL.

CAPÍTULO 13

V. PODER PÚBLICO. PODER DE IMPÉRIO COMO PODER JURÍDICO. DEFINIÇÃO DE ESTADO.

Chamados elementos essenciais da definição da ordenação jurídica do estado: povo, território. A relação da cidadania é disciplinada de acôrdo com o que expressa a ordenação jurídica. Território passa a ser território do estado, com tôdas as conseqüências que tal qualificação reconhece.

Terceiro elemento é o poder de império. A ordenação jurídica deve instituir um dispositivo apropriado a realizar as finalidades para a qual ela é criada. Tal dispositivo deve ser provido de autoridade, de império sôbre os membros da sociedade. É conseqüência da própria estrutura da ordenação.

Tratando-se de ordenação política de escopos gerais e ainda de ordenação territorial, à qual é confiado o regulamento de tôda a vida social em dado território, são previstos e disciplinados objetivos de tal porte e de tal complexidade que só são possíveis de atingir com órgãos que funcionem estável e contìnuamente para a sua realização.

Resulta daí tal intensidade de vida social e se requerem tantos sacrifícios humanos para se atingirem tais fins, que importa atribuir podêres particulares aos que presidem à atividade social para efetivamente as normas serem observadas e funcionar o sistema.

Na ordenação estadual existem ou devem existir autoridades ou "autoridades públicas", detentoras do poder necessário à realização prática da ordem. Quaisquer que sejam as autoridades e quaisquer que sejam os podêres de que são investidas, de qualquer maneira são instituídas pelo direito positivo e derivam do direito positivo.

A prática é plenamente conforme com esta asserção, pois qualquer problema referente a qualquer autoridade do estado é sempre proposto e resolvido em têrmos de direito: é a ordenação do estado que decide. Nada se pode afirmar sôbre os podêres do presidente da república ou da câmara dos deputados e do senado, nem mesmo sôbre os limites eventuais ao poder soberano no estado absoluto, senão consultando o direito vigente, aquilo que dispõe ou não dispõe.

É o direito positivo e sòmente ao direito positivo que devemos voltar-nos para resolver tôda questão nestes assuntos.

O direito deve prever o poder a cujo respeito estamos discorrendo.

Diz-se dotado de *imperium* o ser a que foram atribuídos podêres tais que o colocam na situação de assegurar adequada e eficazmente a realização dos escopos sociais. A coerção, que o conceito de *imperium* parece reclamar, é o lado mais vistoso e em certos momentos históricos por certo ainda o mais importante dêste poder, mas sòzinho não serve para defini-lo inteiramente. Aliás, êste poder não implica só a execução do comando, eventualmente coercitiva, mas antes de tudo a procedência do comando.

Digamos mais exatamente: para a adequada e efetiva realização dos escopos sociais a ordem jurídica, se fôr estadual, prevê apropriados podêres atribuídos a certas pessoas e disciplinados de modo excepcional e diverso de quaisquer outras ordenações que não busquem aquêles fins.

A ordenação estadual é tal, antes de mais nada e em primeiro lugar, porque surge com o estado ou seja com uma autoridade ou autoridades providas de império em relação aos associados.

O poder de império, por sua vez, não é outro que o poder específico ou poder jurídico de que são investidas estas autoridades pelo direito e que as torna o que elas são, autoridades estaduais.

Comporta dúplice indagação o poder de império: 1.º — a pessoa ou pessoas instituídas para realizarem os escopos sociais munidos de tal fim de *imperium;* 2.º — o conteúdo, segundo o direito, dêste poder.

São assuntos a serem estudados mais tarde e, aliás, assuntos muito complexos, como veremos.

Linguagem: em direito, é errôneo falar do estado como ser dotado de "fôrça". No direito não há fôrças, mas sòmente podêres jurídicos, faculdades, etc.

Afiguram assim o estado com fôrça irresistível (Jellinek). Dir-se-ia que aparece como fôrça natural, ciclone que se abate sôbre uma região da terra.

Se fôsse assim, nada mais havia de dizer o direito. Não haveria mais nem poderia haver relações de direito e dever. Apenas se haveria de assistir, sem lhe poder ministrar qualquer remédio, ao desolador espetáculo dessa fôrça desencadeada.

Autolimitação do estado? Mas, aquêles que expõem tal teoria e aceitam que o estado se autolimita são justamente os que afirmam que a fôrça é que garante o direito. Ora, aqui não há fôrça exterior ao sujeito, é sempre o estado; não há norma posta por autoridade exterior ao estado, que a deve observar. Não há autoridade nem fôrça fora do estado capaz de, quando ocorra o excesso, fazê-lo manter a palavra dada.

Uma vez estudadas tôdas as notas que individuam o estado, que o distinguem de tôda e qualquer sociedade política do passado e do presente, que, numa palavra, o caracterizam, podemos juntar tôdas estas características na nossa definição:

Estado é a sociedade soberana, surgida com a ordenação jurídica cuja finalidade é regular globàlmente a vida social de determinado povo, fixo em dado território e sob um poder.

A definição abrange as cinco notas distintivas do estado e que em conjunto sòmente a êle se referem.

CAPÍTULO 14

CONFUSÃO VULGAR ENTRE POLÍTICA E DIREITO

1. Política e ciência do direito são ambas ciências do estado. São, porém, autônomas. Principalmente no estudo do direito público é comum introduzir meros conceitos políticos.

Qual o critério de distinção? Ocupa-se uma com o aspecto normativo do estado. Mas, o estado não é sòmente norma ou complexo de normas. O estado constrói estradas, cuida da instrução pública, mantém exército e faz muito mais coisas. Há tôda uma atividade que se exerce em nome do estado e o estado parece agir contìnuamente. Pertence à política o estudo do estado enquanto ativo, voltado a fazer isto ou aquilo.

Distingue-se consoante a contraposição kelseniana entre ser e dever ser.

As duas ordens de ciências, as dedicadas ao estudo do ser e as dedicadas ao estudo do dever ser aparecem radicalmente distintas entre si e talvez não haja outra distinção de tanta importância.

O caráter normativo do direito coloca a sua ciência entre as do dever ser.

2. Consideremos a finalidade do estado. Só os homens se propõem a atingir alguma finalidade. Logo, não são fins do estado, mas puramente fins humanos. Surgem as sociedades, e pois também a estadual, para atingir fins que de outro modo não poderiam ser alcançados ou não seriam atingidos adequadamente.

De acôrdo com os fins a alcançar varia a estrutura do estado como a de qualquer sociedade. Se se quer o estado operoso e

enérgico, far-se-á a sua constituição diferente da relativa ao estado que quer ser liberal e respeitoso da iniciativa privada.

Em outras palavras, não é o estado que determina os seus fins, mas o estado opera em função dos fins que o transcendem e o precedem e a cujo serviço toma feição de modo determinado. O próprio interêsse da conservação do estado não é interêsse do estado, mas dos homens que o compõem. Será vontade despótica dos que se apoderaram do poder. Será também vontade despótica da maioria que se impõe à minoria; ou será vontade concorde de todos os cidadãos: de qualquer modo é vontade e inteligência dos que por meio do estado querem realizar determinado fim.

3. Surge a sociedade, como tôda instituição humana, para um escopo. Em conseqüência, o escopo adquire objetividade muito própria. Precisa de estruturas especiais para a sua realização: organização social com meios estáveis para tal realização.

O escopo pode constituir objeto de estudo autônomo e de indagação rigorosa.

A política é o estudo dos fins sociais considerados de modo abstrato e objetivo.

A política é o estudo dos fins em virtude dos quais surgem e se desenvolvem as sociedades; estudo dos meios, principalmente a organização social, para a consecução dos intentos desejados.

O aspecto normativo não é o único sob o qual pode ser considerado o estado. Há ainda um aspecto real, que não é o sociológico, mas o político. Tôda questão concernente ao estado pode ser examinada sob o aspecto formal como ordenação jurídica da comunidade ou sob o substancial, como sociedade destinada a realizar os próprios fins.

Sob o aspecto substancial, que ora nos interessa, a própria atividade normativa do estado é apenas uma das várias atividades de que se vale o estado para alcançar os seus fins.

A ciência política degrada tôda atividade normativa do estado, mesmo a constitucional, a simples meios e instrumentos, seja para assegurar o poder, seja para outro fim mais concreto e imediato.

Importa repetir que o conceito do estado só nos é dado pela ciência do direito e não pela política. O estado é essencialmente

legalidade, define-se só em têrmos de direito e só em têrmos de direito revela a sua natureza. Do direito recebe a política o conceito de estado e não tem a pretensão de reelaborá-lo por conta própria.

4. O ponto de partida da política é a existência ou a possibilidade de existência da ordem normativa estadual. Toma as normas como fatos. A ciência jurídica considera êstes fatos sob o aspecto normativo como situações produtoras de conseqüências jurídicas, pressupõe que elas acarretam deveres e dêste modo cria a ordenação do estado como ordenação jurídica dotada de valor obrigatório.

Contràriamente, a ciência política considera tais fatos como são: atos e vontade, convicções coletivas, etc. Assim, interessa à política o aspecto real de fatos já predeterminados e já apurados com outro critério.

Alcançar o poder para a política não significa genèricamente empossar-se como autoridade, mas empossar-se como autoridade legal; fazer a revolução não significa simples emprêgo de fôrça, mas empregar a fôrça para ultrapassar as normas vigentes ou derrogá-las em caso particular ou substituí-las por outras mais conformes com a nova ideologia política.

Os políticos jamais esquecem que existem as leis e que podem ser feitas outras novas e substituídas as velhas.

São mais realistas que os juristas. Valem-se da ordem normativa e do comando das autoridades legais do estado. Todavia se têm que tomar outro caminho, a ordem jurídica nova legaliza, por meio do princípio da positividade, tôda fôrça que obtenha sucesso.

Por isto, não obstante totalmente independentes e radicalmente distintas, as duas ciências alternadamente se completam.

Só a ciência do direito pode definir o estado, ordem jurídica vinculante entre os homens a que se destina. Mas de nada valeria a concepção normativa do estado enquanto a política não dissesse por que existe o estado, por que nêle se revezam as autoridades, por que elas exercem dêste ou daquele modo os podêres de que são investidas: por que se propõem ora certos fins ora outros, por que os homens ora as obedecem ora não.

Não é o estado ordem normativa que se cria pelo prazer de editar normas e mande só pelo gôsto de mandar.

A política dá o significado real do estado, das mesmas formas, instituições e ações constantes da ordenação jurídica.

São as mesmas as ações contempladas por uma e outra ciência, mas o direito contempla estas ações só como modelos produtores de normas ou como comportamento humano disciplinado pela norma, ao passo que a política as considera como ações reais, voltadas a um fim.

5. Quando estudarmos o problema da positividade do direito, haveremos de ver que é o problema da atuação e da fôrça prática que recebe uma ordenação, que antes de mais nada se mostra como legal e dotada de valor obrigatório e que, portanto, se apresenta como complexo de normas e não como fôrça.

Ao lado ou atrás da ordem normativa ou formal há fôrças militares, econômicas, da imprensa, de um partido político que se sobrepõem ao estado.

Diante disto há os que contrapõem a constituição material à constituição formal. Contrapõem os que mandam de fato àqueles aos quais o direito confere o direito de mandar.

Examinaremos a questão, se houver a possibilidade de estudarmos o problema das fontes do direito e da interpretação das normas jurídicas. Veremos se os podêres são realmente ilusórios, porque o poder efetivo de decisão está em mãos de outros que de fato mandam nos primeiros.

Adiantamos, desde já, que as normas constitucionais de um lado e as fôrças operantes, de outro são dois conceitos tão diversos e antitéticos que não justificam o uso da mesma palavra "constituição" embora com apelativo diverso: formal e material.

CAPÍTULO 15

NORMAS ORIGINÁRIAS E NORMAS REVOLUCIONÁRIAS NA ORDENAÇÃO JURÍDICA

Já afirmamos que o estado encontra no direito seu fundamento. Cria-o e constitui-o o direito, que também o investe de podêres e direitos.

Mas qual o fundamento da ordenação jurídica do estado? Por que as normas da sua ordenação autorizam o estado a mandar e impõem aos cidadãos a obediência? Donde provêm tais normas, onde buscam o seu valor e como podem impor aos homens uma ordem obrigatória?

A nossa tese é diametralmente oposta à de muitos. Dizem que o estado cria o direito, logo o direito encontra no estado o seu fundamento.

Pergunta-se por que o estado tem o poder de mandar e por que os cidadãos têm o dever de obedecer? Ora, não pode existir um dever e nem existir um poder que não haja sido colocado por uma norma. No estado, é a sua ordenação jurídica.

Examinem-se as variadas maneiras pelas quais surgem os estados. Originam-se uns de um modo, outros de outro. São meros fatos. O que se nota de comum em todos, isto é, para que se origine o estado importa haver uma ordem jurídica, ainda mesmo que embrionária, mas com tôdas as notas características do estado, entre as quais certo grupo humano fixo em território determinado, sob o seu império, constituída a autoridade ou govêrno, ainda que rudimentar.

A primeira ou as primeiras normas que constituem o estado não derivam de nenhuma outra, não encontram em outra o seu fundamento. São normas primeiras que, elas sim, dão fundamento às demais.

Diga-se o mesmo das normas introduzidas por via revolucionária.

Quem galga o poder por via legal e governa dentro das leis não o atingiu mediante revolução. A revolução supõe a conquista de fato do poder, comumente com violência, substituindo por nôvo órgão o previsto pelo direito. Quer dizer que foi modificada a norma que instituía determinado órgão, substituída por outra, que cria órgão diverso. Enfir chega ao poder por qualquer processo que modifica a norma jurídica existente.

Assim, também na revolução surge o fato de normas não fundadas em normas preexistentes. Por que são obrigatórias as normas revolucionárias?

Aqui não se fundam diretamente nas anteriores, mas a revolução é continuação do processo originário pelo qual se formou o estado. A revolução não interrompe o processo originário. As várias revoluções do Brasil, de 1922 a 1964, mantiveram sempre a mesma identidade do Brasil. É sempre o mesmo estado.

Não criaram nova ordenação jurídica. As normas da precedente ordenação jurídica continuam vigentes com exceção das introduzidas por via revolucionária. A própria personalidade jurídica do estado continua.

Excepcionalmente, porém, por via revolucionária pode ser supressa tôda a ordenação jurídica. É o caso da Rússia czarista.

Diga-se outro tanto do estado de necessidade. Pode originar nova ordenação jurídica pela ação da própria autoridade do estado ou pela atuação dos cidadãos.

Portanto só fora do direito a ordenação estadual encontra o seu fundamento, porque existem algumas das suas normas, as primeiras e originárias e eventualmente as acrescidas por via revolucionária cujo valor se não pode explicar na base de considerações puramente jurídicas.

Assim, tal peculiaridade de não encontrar no direito o fundamento último das suas normas é mais um e o último dos caracteres essenciais do estado.

A ordenação jurídica estadual é ordenação "originária". E assim se distingue de outros entes com os quais apresenta íntimas analogias: o município — os vizinhos, o têrmo, a personalidade jurídica, poder público. É composta a ordenação jurídica

municipal de normas, umas emanadas do estado e outras do próprio município. Mas não é estado, porque a sua ordenação jurídica tem por fundamento a do estado. As suas normas só valem nos limites consentidos pelo estado (no Brasil, as constituições federal e estadual).

A ordenação jurídica do estado é originária, não derivada de outras normas jurídicas diversas e superiores.

A ordenação estadual é ordenação original, criada para regular globàlmente tôda a vida social de determinado povo em dado território e que para êste fim institui govêrno estadual dotado de autoridade e encarregado da realização dos fins sociais.

O estado é esta instituição permanente surgida com a ordenação jurídica.

CAPÍTULO 16

A POSITIVIDADE DO DIREITO ESTADUAL

As primeiras normas constitutivas do estado são a primeira ossatura da ordenação jurídica estadual, enquanto efetivamente opere e funcione, enquanto sirva de base ao estado, para que por ela constitua e exerça os seus podêres e desenvolva a sua atividade.

Importa ao estado fazer sentir a sua autoridade, que ela seja observada realmente e vinculante à ordenação jurídica.

As normas, emanadas por via revolucionária só se consideram tais quando a revolução foi coroada de êxito, ou seja, quando as normas por ela desejadas hajam substituído efetivamente as preexistentes.

Não importa que tais normas tenham sido impostas dêste ou daquele modo, pela violência, ou que tenham largo consenso popular, ou que sejam obra de quem se declarou autoritàriamente soberano. Basta que estas normas sejam postas, adquiram valor, criem efetivamente sistema operante de direito ou, no caso da revolução, modifiquem efetivamente o direito existente.

Êste é o princípio da "positividade do direito".

A ordenação estadual para ser tal deve ser ordenação positiva, ordenação realmente eficiente e em vigor.

A investigação jurídica não deve ir além. Como nas ciências naturais não se propõe o problema da natureza, mas é aceita como um dado, cuja realidade última não indaga, mas admite como real sem outra investigação, assim o jurista pode limitar-se a construir todo um sistema de direito (ordenação jurídica) na base de certas normas originárias. Tal ordenação desenvolve-se na realidade e é comumente reputada obrigatória.

Não se cometa o êrro, entretanto, de supor que a positividade, a eficácia real de uma ordenação constitua o seu fundamento, de tal modo que já se exauriu tôda indagação.

Surgem os sistemas de direito, criam-se os estados, os homens obedecem e entendem obrigatórios aquêle sistema e aquelas ordens. Feitas tais considerações, analisados tais comportamentos humanos, não se explicou nada a respeito do direito.

Para que a ordenação estadual seja explicada como a concebe a ciência jurídica, isto é, como complexo de normas obrigatórias a que se deve obediência, não bastam as observações precedentes.

Ocorre demonstrar, em primeiro lugar, que há normas obrigatórias para o comportamento humano; em segundo lugar, demonstrar que tais normas são também as que compõem a ordenação estadual. O fundamento último do direito só pode ser encontrado num princípio superior, transcendente ao direito.

Levam a concepções diversas as várias concepções filosóficas. Não nos cabe fazer êste estudo. Basta-nos levar o problema até onde chega a indagação jurídica.

A própria doutrina positivista não foge à necessidade inexorável de dar ao direito fundamento tirado de princípio transcendente ao próprio direito. Assim tal doutrina afirma que a positividade da norma é a mesma razão do seu valor obrigatório; afirma que são obrigatórias as normas porque sustentadas por uma fôrça (consenso, organização, violência ou outra) suficiente para fazê-la observar. Esta teoria em substância afirma que manda legìtimamente, quem tem fôrça suficiente para fazer obedecer as suas ordens: é aplicação dos bem conhecidos conceitos hegelianos de idealização e divinização do fato.

Com tal teoria e partindo da identidade entre ser e dever ser pode chegar-se à completa racionalização da fôrça e do êxito; tôda fôrça que se constitua de fato, a teoria faz parecer como fôrça que merecia constituir-se e que tem título para impor-se e comandar.

Mas, mesmo nesta hipótese, os fatos (a fôrça e outros) são avaliados segundo princípio que lhes é superior, pelo qual êles

recebem certo valor, princípio, em última análise, que é o fundamento dêste seu valor.

Sòmente fora do direito a ordenação estadual encontra o seu fundamento, porque o valor de algumas das suas normas, as primeiras e originárias e eventualmente as acrescentadas por via de revolução, não é possível explicá-lo sòmente com base em puras considerações jurídicas.

CAPÍTULO 17

PRETENSO CONCEITO SOCIOLÓGICO DO ESTADO

1. A investigação sociológica de um lado e a jurídica de outro são investigações distintas, cada qual trilha o seu caminho de acôrdo com os próprios conceitos e os próprios métodos. Isto é evidente, em se tratando não só de duas ciências diversas, como profundamente diversas.

As conclusões a que chega uma delas são irrelevantes para a outra. Por exemplo, é pràticamente extinta a relação de sociedade, quando cessam a recíproca confiança dos sócios e a vontade comum de trabalhar conjuntamente. Sob aspecto jurídico, entretanto, é outra a solução, pois persiste a relação de sociedade se o contrato não chegou ao término ou se por mútuo dissenso não foi formalmente extinto. Restam distintas as duas ordens, a social e a jurídica, cada qual com os seus próprios problemas e as próprias soluções dos problemas suscitados.

De modo igual é elemento decisivo para a construção real (sociológica) e a sorte do estado, que haja unidade espiritual entre os que devem ser cidadãos; jurìdicamente, porém, se coloca de outro modo o problema: são cidadãos aquêles que o direito declara tais e sòmente êles.

Em suma, qualquer que seja a importância dêstes elementos sociológicos (quer para explicar porque o direito dispõe de certo modo, quer de *jure condendo* para propor reformas ao direito existente) nenhuma importância têm para a ciência jurídica, que estuda o direito tal como se formou històricamente e o que significa.

Determinar a realidade dos sêres sociais e donde deriva de fato a sua eventual realidade é tão irrelevante para o direito quanto determinar qual seja a razão última da unidade do organismo humano e da individualidade humana. A concepção dos homens como entidades independentes ou espiritualmente ligadas entre si é tão irrelevante para o problema dos sujeitos de direito, quanto a concepção atômica, ou outra da realidade natural, é irrelevante para o problema jurídico dos bens e dos direitos reais.

2. Se os dois mundos, o real sociológico e o normativo jurídico, devem ser nìtidamente distintos para os fins científicos, isto não impede que haja entre êles íntima relação.

Não obstante a ordem jurídica ser ordem normativa, a positividade do direito assinala o ponto de encontro do direito com o fato. A positividade é simples fato: que a ordenação jurídica seja realmente observada, que tenha a fôrça de impor-se, que regule efetivamente o comportameento das pessoas, são tôdas indagações de fato, que só podem ser obtidas pela pesquisa da realidade, do que acontece realmente ou não.

As puras abstrações, as puras meditações não criam o estado. Não basta escrever uma constituição, não basta escrever num papel a criação de juízes e governantes. É preciso que as normas se realizem de fato, que os órgãos comecem a funcionar por parte do estado, que encontrem consenso, obediência e fôrça à sua disposição. Só assim se torna direito, porque é direito positivo.

Assim, a realidade sociológica contribui para que o direito se desenvolva efetivamente e obtenha observância e positividade, a saber, que o estado se crie e se mantenha.

CAPÍTULO 18

PERSONALIDADE JURÍDICA DO ESTADO

Os sujeitos investidos de autoridade ou de *imperium*, na ordenação jurídica do estado, têm que prover à consecução de finalidade ampla e de larga duração no tempo.

Para esta tarefa é inadequada a pessoa física. É de tôda conveniência se utilizarem para tanto os sujeitos mais complexos e duradouros, que são as pessoas jurídicas.

Acrescente-se às razões anteriores a de que é mais fácil assim obter a satisfação dos escopos sociais mais de acôrdo com a sua natureza, com maior respeito e maior garantia para os súditos.

1. *O que há de comum com outras pessoas jurídicas*

Como qualquer outra pessoa jurídica o estado tem o seu estatuto que se chama constituição. Vimos que não pode haver autoridade e poder de mando e poder de império sem o direito. Mais ainda agora, em que êles se exercem por meio de pessoas jurídicas, porque sem o direito perdem elas tôda consistência. Supõem tais podêres a norma que provê as autoridades e disciplina a pessoa jurídica.

As normas constituem uma pessoa que se chama estado. Então a sua organização lhe vem das normas e não constituem elas o estado se não constituem uma pessoa com certos caracteres. Se uma pessoa jurídica é ou não estado se depreende das normas que a disciplinam.

As normas não são sujeitas a limitações porque se trata de estado. Sejam quais forem, o certo é que assim é que elas disciplinam o estado. Por exemplo, a constituição pode atribuir aquêles podêres a uma ou a mais pessoas.

O princípio do jusnaturalismo liberal da revolução francesa; o princípio da razão de estado, ainda em voga entre os juristas alemães e italianos; o princípio da soberania popular colocado acima da organização do estado; são princípios de valor histórico e talvez moral, mas jurìdicamente ineficazes se não forem acolhidos pela ordenação jurídica, ao menos como critério positivo de interpretação.

A comunidade estadual, sob êste aspecto, é idêntica a qualquer outra. Há o ato constitutivo, a sua constituição; mediante a constituição é criada a pessoa, são fixados os membros da comunidade, as recíprocas relações entre êles e as relações com a pessoa jurídica; precisam-se os elementos, como o territorial. O estado como ser jurídico não é nem ordenação jurídica estadual nem a comunidade estadual. Direito e sociedade são têrmos coevos: direito é só o que constitui a sociedade e sociedade é só o que é disciplinado pelo direito.

Mas a sociedade jamais é o ser que assume os cuidados dos interêsses sociais. Há relações estreitas, mas não identificação. A própria norma ou princípio pelo qual a sociedade se realiza por meio do estado (e sem êle não pode subsistir) é princípio da sociedade e não do estado. A comunidade estadual é comunidade de homens, cujas ações são coordenadas para obtenção dos escopos comuns. Êste fato não se altera com o aparecimento do estado. A primeira disposição social é a boa ordem entre os membros para os quais ou pelos quais se constitui a sociedade.

Como qualquer outra pessoa jurídica, também o estado recebe de fora a sua constituição. O momento objetivo precede sempre o momento subjetivo do direito. Assim, a constituição não pode ser obra do estado.

Quando se diz que as primeiras normas constitucionais não são passíveis de justificação jurídica, que surgem dogmàticamente como dotadas de valor, cuja demonstração é impossível, afirma-se justamente que não são obra do estado.

As doutrinas falhas ou erradas do contrato social, do estado sociológico que se transforma em estado jurídico, de verdadeiro só nos dizem que há alguma coisa por detrás do estado. Há fôrças sociais operantes, que, quando concretizadas, colocaram as primeiras normas com as quais nasce o estado, configuraram-

no dêste e não daquele modo. Não surge o estado quando quer ou como quer. Nasce quando o acervo de circunstâncias históricas, que estão de fora, faz surgir o estatuto que o institui e o configura.

2. *Características que distinguem o estado de tôdas as demais pessoas jurídicas*

Há outras pessoas jurídicas de direito público, como os estados federados, os municípios; os partidos políticos (?), as autarquias.

Nas pessoas públicas diversas do estado encontra-se um elemento público geral, presente no interêsse que elas têm em vista realizar, mas que não apaga tal interêsse. E por vêzes são interêsses contrastantes entre si, o geral e o delas. A previdência social em benefício de certas categorias de pessoas é atividade do interêsse geral do estado, sem dúvida, mas ressalta aqui o interêsse limitado às pessoas para cujo benefício a pessoa jurídica foi instituída.

Nas pessoas jurídicas diversas do estado, o interêsse geral não se apresenta puro ao estado, mas misturado com outros elementos de valor diverso, os quais juntos ao primeiro formam o interêsse próprio do ser.

Diferencia-se, portanto, o estado de outras pessoas públicas. Errôneamente há os que afirmam que todos os podêres competem ao estado e as outras pessoas os detêm só por concessão ou delegação do estado: o poder legislativo dos municípios brasileiros deriva diretamente da constituição. Tampouco se pode invocar ser originária a ordenação jurídica do estado e derivada as dos demais entes, quando a competência do estado e das outras pessoas jurídicas provém igualmente da constituição. A competência da própria competência não na tem nem sequer o estado federal nem os federados.

O que caracteriza o estado é que, enquanto em tôdas as outras pessoas se cuida de interêsses que parecem subordinados a certos outros mais gerais, no estado só existe o cuidado de interêsses gerais não subordinados a outros. Compete ao estado

coordenar e harmonizar a atividade de tôdas as outras pessoas, de maneira que tôda a sua obra se desenvolva de conformidade com princípio unitário e para o serviço dos interêsses gerais.

O estado rege a própria ação, provê com plena liberdade os serviços de interêsse público, segue o seu critério sem interferências alheias, numa palavra, com plena soberania.

Tal pessoa é soberana.

Enquanto pessoa, o estado é a pessoa jurídica instituída pelo direito para prover com plena soberania e de modo unitário os interêsses de uma comunidade.

Na federação, os estados são estados federados. Significa a denominação que, nos limites da sua competência, não provêem indiretamente interêsses do estado federal, mas interêsses que são e permanecem exclusivamente seus, que sòmente são próprios da sua comunidade, não da outra mais ampla. Cabe-lhes a plena e exclusiva responsabilidade. A tal respeito não é admitida fiscalização, qualquer que seja, por quem quer que seja. Em sua esfera são soberanos a título igual ao do estado federal.

Examinemos o problema complexo das relações entre povo e estado.

As democracias afirmam o princípio da soberania popular.

Na democracia legítima, não se cogita de eleger sòmente determinadas pessoas. A eleição de dados candidatos é apenas o meio para conseguir-se outro intento. Na realidade a votação há de ser num partido, isto é, num programa de govêrno do estado. É a direção política do estado em suas linhas gerais. Deve ela ser observada por meio de institutos políticos adequados (agrupamento dos membros das câmaras pelos partidos políticos, etc.) para que a ação do estado se conforme com as indicações do corpo eleitoral. A escolha, a eleição dos candidatos, sòmente tem por função a escolha das pessoas mais idôneas para atuarem e nas quais deposita maior confiança na sua fidelidade ao programa. Neste caso, o estado é subordinado à vontade popular.

Considerar soberano o estado significa considerá-lo intérprete único autorizado dos interêsses públicos, aos quais provê com plena liberdade.

Pròpriamente se trata de ato de confiança no estado, que pode falhar. Então o povo avoca aquela suprema função. Pa-

rece que a conclusão seria a de que soberano é o povo e não o estado. Ora, havíamos afirmado precedentemente que soberano é o estado.

Tal conclusão não avalia exatamente a posição do povo em face do estado.

Examinemos, ainda, o caso do *referendum* popular. A lei editada por êste processo poderá dizer-se lei do estado? E ainda quando o corpo eleitoral procede à escolha por meio das eleições políticas e fixa orientação política e constitui órgãos do estado?

Não se pode contestar que o povo age no estado e não fora dêle. Introduz-lhe novos elementos, transforma outros. É mudada a estrutura, não porém a sua posição na ordem jurídica.

A vontade popular opera no estado. Quer se diga que o povo (o corpo eleitoral) é órgão do estado, quer se afirme que as suas decisões são decisões do próprio estado, não foram alteradas as posições e soberano é o estado.

A NAÇÃO

CAPÍTULO 19

A NAÇÃO, GRUPO HUMANO "SUI GENERIS". DEFINIÇÃO. RACISMO

Antes de mais nada cumpre assinalar certos conceitos, na síntese de uma conclusão, fruto de estudo paciente e longo.

População é o conjunto dos habitantes do estado. Todos os que habitam o território do estado, sejam cidadãos, estrangeiros ou apólidas, constituem a sua população.

Cidadão é quem a lei o define como tal. O *status civitatis* é regulado em lei. Em alguns estados pela lei ordinária; na maioria, pela constituição, que define a situação jurídica do cidadão, cujo estatuto é assim distinto do estatuto dos que não são cidadãos. Também pode ser restrita a cidadania, no tocante a certos direitos não reconhecidos aos naturalizados.

Estrangeiro é o cidadão de outro estado. Apólida, apátrida, sem-pátria ou "heimatlos" é aquêle que perdeu a cidadania e não adquiriu outra.

Povo é o conjunto dos cidadãos.

Se observarmos bem quantos compõem a sociedade política, havemos de nela distinguir ainda outro grupo humano, êste agora homogêneo, ao contrário do que se dá com o dos cidadãos, o dos estrangeiros e o dos apólidas. Os componentes dêstes três últimos grupos são nêles reunidos apenas por vínculo jurídico. É o direito que os reduz a tal situação.

Já quanto ao primeiro, porém, são outros os vínculos que entrelaçam os homens de modo que êste grupo apresenta notas

características bem distintas dos demais grupos. Refiro-me à nação.

Nação é o conjunto dos que se originam da mesma cêpa, falam a mesma língua, têm os mesmos usos e costumes, os mesmos sentimentos, as mesmas tradições, as mesmas aspirações, de tal sorte que tudo isto faz *nascer* a unidade étnica e histórica.

Tais características vinculam por tal forma os da mesma nação, que fàcilmente ela se distingue de outras nações.

Saliente-se, porém, que as notas distintivas que enumeramos não dizem respeito ao indivíduo. Caracterizam a nação. Por isto, êste ou aquêle indivíduo pode não apresentar um ou outro dos referidos caracteres e entretanto ser nacional.

Assim, onde a afluência de correntes imigratórias estrangeiras ocasiona a mistura de sangues diferentes, é falha logo a primeira nota, a da mesma origem. Êste ou aquêle ou mesmo muitos não provêm da mesma cêpa. Todavia, apresentam quase todos os demais caracteres. Pertencem à nação, são nacionais, muito embora sejam os néo-integrados.

Ainda a indivíduo da cêpa primitiva pode falhar o característico da língua ou o dos mesmos usos e costumes; ou desprezar as tradições nacionais ou aspirar a um futuro bem outro que o da sua nacionalidade. Mas são situações dêste ou daquele indivíduo. Apresenta-se a nação una, com tôdas as notas que a distinguem de outras nações. Tais notas, já o dissemos, não são de indivíduos, mas de nação; elas é que fazem *nascer* a unidade bem distinta e que por isto mesmo se denomina nação. (O padre Antônio Vieira sempre grafou *nace, nacer*).

Assim, população é expressão meramente demográfica; povo, expressão jurídica; nação, expressão étnica e histórica.

Convém ressaltar, contràriamente à maioria dos mestres, que a religião ou unidade da fé não constitui nota distintiva de nação porque a fé é dom gratuito de Deus. Sendo assim, em rápido lapso de tempo a nação pode abandonar uma religião por outra, como dá testemunho a história, ao passo que sòmente no decurso de muitíssimos anos é que se modificam algumas das características nacionais.

Igualmente não entra na nossa definição o território. Em breve diremos porquê.

Vamos explicar agora em que sentido se disse que a nação é expressão étnica e histórica.

Todos os homens provêm de um ponto único da Terra. Do centro da Ásia, ou da África? Não se sabe; a conclusão quase unânime dos cientistas é que o "homo sapiens" constitui um único gênero: o gênero humano. Daquele ponto original partiram os homens em numerosas direções, povoando todos os continentes. É por isto que a história universal é a história da migração dos grupos humanos.

Por isto também as diferenças entre os componentes de tais grupos são, na realidade, diferenças mínimas em relação à forma básica e esquemática do gênero humano.

No passado ainda recente, pretenderam sustentar diferenças profundas entre grupos humanos, classificando-os em certo número de raças. Está provado, hoje, que são muito maiores as diferenças dos traços físicos de componentes de uma mesma raça do que entre as raças tomadas em sua integridade. As diversas raças procedem de uma só raiz.

O melhor é dar de mão a tal palavra e a ciência realmente a baniu do vocabulário científico. Nenhum outro conceito é tão obscuro e tão vago como o de raça.

Principalmente quando enveredaram para a afirmação de raça pura e seu consectário de raça superior. Todos os homens têm origem comum. Mais ainda: se é certo que a migração levou grupos humanos para outras paragens, outros climas, outros meios, também é certo que tais grupos se não conservaram na pureza da primitiva unidade, pois a história da humanidade mostra que na afluência e refluência dos grupos, deu-se por mais de uma vez a fusão do sangue dos seus componentes. Em palavras mais claras, demonstra a excessiva mistura de sangue, a fusão entre "raças" as mais diversas, não uma mas até várias vêzes no decorrer dos séculos. Basta recordar a história européia; não é preciso estudar a história menos conhecida de outros grupos humanos. Ela testemunha a mescla de sangue de tôdas as proveniências, em repetição constante.

Contràriamente à tese central do racismo, o que se conclui é que todos são mestiços, os homens de qualquer parte do mundo.

Não se nega, porém, a existência de nações, o que é coisa muito diversa. Então, sim, se nos apresentam grupos unitários, caracterizados pelas notas distintivas da nossa definição. Devem elas, entretanto, ser compreendidas à luz dos ensinamentos da ciência. Portanto, quando a definição se refere à unidade étnica, quer significar a predominância da mesma origem da maioria dos homens que integram a nação, haja ou não traços somáticos bem particulares e homogêneos. E o normal é não haver tal homogeneidade.

Neste êrro incorrem tôdas as teorias racistas, ostensivas ou veladas, do passado e do presente, cujas principais formas são o pan-eslavismo, o nazismo (superioridade da raça ariana), o "apartheid" na África do Sul, os segregacionistas dos Estados Unidos.

Em nossa definição, unidade étnica significa só e tão-sòmente a comunidade de origem.

A nação constitui unidade histórica — consta da definição — a afirmar outra vez que não é fato biológico, mas continuação da origem comum. Alimenta-se e vive à custa de tradições comuns, da recordação das boas e más horas, da obra das gerações passadas.

É o que se verifica na nação brasileira, em cuja cêpa se encontram portuguêses, índios e negros.

É esta a cêpa donde se originou a *nação brasileira*. Entre os nacionais há os que não têm a referida mistura dos três sangues. A característica, porém, como já explicamos, não é de indivíduos. É da nação brasileira. Os casos individuais, ainda que numerosos, não modificam a composição da cêpa donde se originou a nação brasileira. Os novos integrados se inserem na nação preexistente. Nada mais.

Considere-se, de outro lado, que, por esta e outras notas de nossa definição de nação, é que se vê que não somos da nação portuguêsa, nem de alguma das indígenas, nem de alguma das negras. É certo que a nação portuguêsa concorreu com o maior contingente para a formação da nação brasileira, mas constitui outra nação.

CAPÍTULO 20

NAÇÃO NÃO É SOCIEDADE. DIFERENÇA ENTRE NAÇÃO E ESTADO. ORIGEM DE UM E DE OUTRO

De quanto expusemos, conclui-se que nação não é sociedade. Os elementos que a constituem não se fundam no direito. Integram-na homens de origem comum pelo sangue e pela história, em unidade de língua, de usos e costumes, de sentimentos, tradições e aspirações de futuro. Não supõe organização, nem autoridade. É grupo humano "sui generis".

Ora, sociedade supõe organização e é o direito que organiza tôda e qualquer sociedade. A sociedade supõe normas de comportamento editadas pela autoridade social. A nação liga entre si os elementos do grupo, biológica, histórica, sentimental, intelectual e artisticamente, infundindo-lhes segunda natureza. Não é o direito, pois, que unifica a nação e que lhe acompanha o desenvolvimento.

Se não é sociedade, conseqüentemente se não confunde com estado, que é uma das formas de sociedade política.

Efetivamente nação e estado diferem quanto ao elemento humano, quanto ao princípio unitivo e quanto ao fim próprio.

Examinemos cada qual dêstes três itens:

I. Tanto o estado quanto a nação reduzem à unidade uma soma de indivíduos. Fazem-no, porém, de modo diferente: enquanto o elemento humano nacional é marcado por características físicas e espirituais bem distintas, por atitudes morais notórias, por cultura própria, modelado assim um tipo comum fundamentalmente homogêneo, tal comunidade de tipo, tal homogeneidade fundamental não são requeridas necessàriamente para o elemento humano componente do estado.

O estado reduz à unidade grupos humanos mesmo heterogêneos na sua formação, submetendo-os ao império da sua lei e do seu poder soberano para obtenção da prosperidade pública.

Não é acidental a razão de tal diversidade nem superável com o desenvolvimento das instituições, mas essencial, como resultante da composição de ambos os grupos humanos.

II. Tanto a nação quanto o estado supõem a unidade de fato, unidade objetiva dos seus componentes. A unidade de fato faz surgir e determina a unidade subjetiva mediante o estímulo de solidariedade, impulsionado precisamente pela unidade preexistente, que o homem não cria por si, mas encontra em germe na sua natureza social.

Entretanto qual é a unidade objetiva para que se produza num e noutro a união espiritual das vontades, a qual forma o princípio vital de todo agregado social? A unidade na nação produz-se de modo diferente do que no estado.

a) No tocante à nação, a unidade objetiva ou de fato consiste na soma de tôdas as semelhanças parciais, comunidade de origem, de cultura e de destino histórico, que distinguem nìtidamente o conjunto dos componentes humanos de uma nação do de outra nação.

No tocante ao estado já o modo é diverso. Os elementos humanos são unidos, mas a homogeneidade é diferente: são as necessidades mais comuns e aperfeiçoamentos mais universais, iguais em todos os membros do gênero humano, sem qualquer distinção de origem ou de cultura.

Surge dêste fundo comum o sentimento generalizado de solidariedade, liame entre os que assim estão unidos por êste ou aquêle modo, conforme se trate de nação ou de estado.

A nação surge com requisitos mais complexos e mais particulares; o estado com os mais simples e mais universais. Reside nesta diversidade objetiva a explicação de coexistirem e conviverem agregados nacionais diferentes no mesmo estado ou uma mesma nação dividida por vários estados, como veremos mais adiante.

b) O elemento subjetivo, espiritual, surge quando os componentes do grupo se assenhoreiam das semelhanças concretas, quer por meio de fatos naturais, quer por meio de outros fatos. Mas, ainda aqui, são diversos o objeto e a amplitude segundo se trate de nação ou de estado.

Na nação o objeto da consciência é mais restrito, mais específico, mais determinado, pois se circunscreve aos portadores daquelas notas que os reúnem no mesmo tipo nacional. Não vai além. Só nêles a nação imprime o sêlo indelével da sua cultura. Contràriamente, no estado é mais genérico, mais universal, mais indeterminado, abarca todos os homens cujas vidas estão em contacto.

Um é a unidade jurídica ou de comando; outro, comunhão e unidade de cultura, que surgiu històricamente sem o estado e pode existir sem êle e também contra êle.

A nação influi inadvertidamente nas pessoas, modela-as; já o estado as reduz à unidade pela subordinação, pela obediência, por vínculos jurídicos.

III. Nação e estado levam os indivíduos à realização de um fim coletivo, que especifica um e outro grupo e cuja atração torna coesos os respectivos componentes.

Porque são diversos os fins, diversos são também êstes grupos sociais.

A finalidade nacional é a conservação, transmissão e desenvolvimento dos próprios elementos de cultura, em benefício da pessoa humana. É outra a finalidade do estado. Consiste na prosperidade pública, na "sufficientia vitae" necessária a cada qual dos seus membros para conseguir o que lhe é indispensável, física, intelectual e moralmente e cuja obtenção não pode atingir por si, nem em outros grupos, em virtude de deficiências naturais.

O fim do estado é, portanto, mais universal e mais compreensivo.

Estado e nação são fenômenos históricos. Surgem e desaparecem. O que a natureza humana exige é a sociedade política para preencher as insuficiências de outros grupos, como a família e a tribo. Ora, o estado é apenas uma forma de sociedade política e a sociedade política assumiu no passado e apresenta nos dias de hoje outras formas e não sòmente a de estado.

O interessante quanto à origem da nação e do estado é que ambos não são exigências naturais, não são requeridos pela natureza do homem e surgem no tempo de modo diferente. Origina-se o estado de ato voluntário dos homens, que decidem criá-lo e o fazem simultâneamente com a ordenação jurídica. Já a

nação surge também no tempo, mas de modo imperceptível, completamente independente da vontade humana. É obra do vagar e obra do tempo. Surge inadvertidamente, cresce e se mantém inadvertidamente, da mesma forma que influi inadvertidamente sôbre a pessoa humana e modela-a com ação contínua, que começa com o nascimento.

Assim como surgiram a sua língua, o seu espírito, os seus usos e costumes, as suas tradições, as suas aspirações, em processo lento de formação, assim também vivendo o homem naquele ambiente que nasceu e se desenvolveu, é imperceptìvelmente educado, plasmado e marcado com o sêlo da sua cultura.

CAPÍTULO 21

ESTADO NACIONAL E ESTADO PLURINACIONAL. NAÇÃO DIVIDIDA POR VÁRIOS ESTADOS

Estado nacional é o que abrange uma única nação. Em seu território não há outra nação. Não se pode dizer, porém, que se confundem aí estado e nação, pois já vimos que são conceitos totalmente diferentes.

No final do século dezoito surgiu a doutrina que preconizava o respeito às aspirações nacionais, logo enunciada no "princípio das nacionalidades": tôda nação tem direito de se tornar estado. Isto no plano internacional.

Seu consectário no interior dos estados foi a doutrina da soberania nacional, que atribuía à nação a origem do poder.

Aquêle princípio serviu de substrato ao espírito separatista, durante mais de um século, mas só lograram êxito, em tão largo período, umas poucas nações européias, que formaram estados independentes.

Nem o princípio nem o seu consectário foram sequer aplicados realmente pela Revolução francesa, que os difundira e os adotara como base da ideologia revolucionária. E isto porque, desde o antigo regime, a nação francesa reprimia com tôda violência as aspirações das outras nações que formam a França: a nação bretã, a nação basca (departamento dos Baixos Pirineus), a nação provençal, a nação catalã. É curioso que em 1848, ao apresentar-se candidato à presidência da república, o futuro Napoleão III decorasse um discurso de cinco minutos em bretão, língua celta, o que lhe valeu votação unânime na Bretanha, sempre hostil aos candidatos franceses.

Aliás, a maioria dos Estados no mundo inteiro é de estados plurinacionais. Poucos são como Portugal peninsular, em que

há uma só nação, embora formada, como por tôda parte, por grande fusão de "raças" e de nações.

Assim, no estado plurinacional convivem duas ou mais nações.

O Brasil e a mor parte dos estados da América são considerados estados nacionais, mas a rigor em todos êles existem também nações judaica e a aborígene. Quanto a esta, não se deu a incorporação total dos silvícolas à nação preponderante (no México, dois milhões de mexicanos só falam as línguas nativas). Convém notar que, além da exceção apontada, não existem outras nações nos estados das três Américas, com exceção do Canadá, dividido entre nação francesa e inglêsa. Apenas há estrangeiro em todos os demais estados americanos, provenientes de outras nações e cujos filhos já passam a constituir os novos integrados da nação que se formou em cada estado do nôvo mundo.

Nos Estados Unidos da América do Norte a pouco e pouco foram desaparecendo as nações francesa, castelhana, irlandesa e alemã, absorvidas pela nova cultura ali surgida. Assim, foi bilíngüe a primeira constituição política do Estado da Luisiânia, promulgada em 1812 e que, não obstante as vicissitudes por que passou, chegou até 1916.

Nos estados da Califórnia e do Nôvo México até 1941, não só a legislação era bilíngüe, mas o castelhano era permitido nos tribunais de justiça. E no estado do Texas, tanto o castelhano quanto o alemão e o norueguês foram línguas oficiais.

Certo autor germânico, em obra publicada em 1847, afirmou que na Pensilvânia só não foi adotado o alemão como língua oficial única porque, havendo empatado a votação, o presidente da assembléia constituinte, Uhlemberg, também alemão, deu o voto de Minerva favorável ao idioma inglês.

Assim, por parte dos descendentes dos germânicos, ficou execrada a memória do filho do fundador do luteranismo na América. Parece que o que se deu na realidade foi a rejeição do bilingüismo, constante da petição dos teuto-americanos datada de 9 de janeiro de 1794.

Volvendo a nossa atenção de nôvo para a Europa, consideremos a situação de alguns estados plurinacionais, que são a grande maioria dos estados europeus.

Alguns como a Suíça têm perfeita estrutura plurinacional. Em outros, a convivência de nações diferentes sob o mesmo poder político é bastante incômoda, se não mantida pela violência.

A Confederação Suíça, seu nome oficial, desde o século catorze foi acolhendo outros cantões que se reuniram aos três primeiros, pactuando assim livremente partilharem a vida política comum indivíduos de quatro nações diferentes: germânica, francesa (romande) italiana e romanche (ladina). São por isto quatro as línguas nacionais. Cada nação se apresenta não só com a língua, como também com tôdas as características nacionais, reunidas em nossa definição.

Compõem o povo belga duas nações completamente diferentes em tôdas as suas notas peculiares (deixando-se de lado os de nação germânica, pequeno grupo nacional): os flamengos e os valões (ualons). Êstes são de nação francesa.

Uns e outros decidiram em 1831 constituir um estado a fim de se verem livres das perseguições, da falta de liberdade, principalmente para as suas escolas confissionais, proibidas pelos Países-Baixos de que faziam parte, governados por um príncipe da casa de Nassau. Na percentagem de 99,6% eram católicos os que assim decidiram.

Compõe-se o povo espanhol de quatro nações bem nítidas em todos os caracteres: castelhanos, catalães, bascos e galegos. O estado espanhol data das vésperas do descobrimento da América e foi fundado pelos reis católicos, ao passo que a nação basca (vasca) ali está há milênios. Os vascos falam o éuscaro, idioma não indo-europeu; a nação catalã há novecentos anos, desde a assembléia de Tologes em 1065, precursora das côrtes catalãs, que por sua vez foram a mais antiga instituição parlamentar da Europa (1214), anterior ao parlamento inglês (1215); a nação galega já no comêço do século doze conta com testemunhos da sua existência.

Note-se que a nação catalã habita a Catalunha, Valência, ilhas Baleares, principado de Andorra e o departamento francês dos Pirineus Orientais (Rossilhão e vale de Cerdanha).

Iugoslávia, Tcheco-Eslováquia e a mor parte dos estados europeus são plurinacionais, como dissemos.

A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas abrange em seu território mais de cem nações bem caracterizadas. É estado multinacional.

Desde o tempo do czarismo a política busca russificar as demais nações, no intento de realizar a Grande Rússia.

Kruschev revelou, em seu relatório secreto, no XX Congresso do Partido Comunista (1956), que Lenine criticara a política das nacionalidades iniciadas por Stalin. Constam do referido relatório secreto os fatos que levaram aquela política a julgamento definitivo como errônea e desumana, já depois do longo período em que Stalin fôra o chefe supremo da política de integração das nações na nação russa.

São palavras de Kruchev no aludido relatório, lido perante os seus camaradas: "A União Soviética é a justo título considerada como modêlo de estado multinacional, porque na prática assegura a igualdade dos direitos e a amizade de tôdas as nações que vivem na nossa vasta pátria.

"Por isto mais monstruosos são os atos de que Stalin foi o inspirador e que constituem violações brutais dos princípios fundamentais leninistas da política das nacionalidades do estado soviético. Queremos falar das deportações em massa de nações inteiras, compreendendo nelas todos os comunistas e "consomols" sem exceção; estas medidas de deportação não se justificavam por qualquer consideração militar.

"Assim, desde os fins de 1943 foi posta em execução a deportação de todos os caratcheves das terras em que viviam. Na mesma época, fim de dezembro de 1943, coube a mesma sorte a tôda a população da república autônoma dos calmucs. Em março de 1944 todos os tchetchénes e todos os inguches foram deportados e a república autônoma tchetchéne-inguche liquidada. Em abril de 1944 todos os balcars foram deportados para as regiões mais afastadas do território da república autônoma cabardo-balcar e esta própria república passou a chamar-se república autônoma cabarda. Os ucranianos escaparam a esta sorte só pelo fato de serem muito numerosos e não haver região para onde os deportar. Senão, teriam sido deportados também".

Não aludiu Kruchev às deportações em massa para a Sibéria das nações alemãs do Volga, constituídas em república autônoma

antes de 1939 e dos tártaros da Criméia, constitutiva da república autônoma da Criméia, que foi suprimida.

No mesmo relatório encontra-se ainda a perseguição de Stalin à sua própria nação: "Baseando-se em documentos falsificados concluíram que existia na Geórgia pretensa organização nacionalista cujo fim era a liquidação do poder soviético nessa república com o auxílio das potências imperialistas.

"Certo número de militantes responsáveis do partido e dos sovietes foram presos. Como ficou provado ulteriormente, não se tratava na realidade senão de calúnias contra a organização georgiana e do partido.

"Sabe-se que houve, em determinada época, na Geórgia como em várias outras repúblicas, manifestações de nacionalismo burguês.

"Era possível que no momento em que tomaram as resoluções a que se alude acima, as tendências nacionalistas tivessem progredido a ponto de existir o perigo de vermos a Geórgia separar-se da União Soviética e juntar-se à Turquia?

"Como poderia haver movimento separatista ou de junção à Turquia, se a Geórgia estava em situação de superioridade pelo seu grande desenvolvimento industrial e intelectual e debelamento do analfabetismo, em contraste com a Turquia?

"Como provaram os acontecimentos ulteriores não existia organização nacionalista na Geórgia. Milhares de pessoas inocentes foram vítimas de tamanha obstinação. Tudo isto se produziu sob a direção "genial" de Stalin, o "grande filho da nação georgiana" como na Geórgia gostavam de chamar-lhe".

Lei posterior ao XX Congresso aprovou os decretos do "Presidium" do Soviete Supremo que "estabeleceram a autonomia nacional dos calcars, tcheechénes, inguches, calmucs e caratcheves".

Nada se fêz a prol das outras nações também perseguidas na era anterior, como a coreana e a chinesa, ambas do extremo oriente soviético, deportadas em 1937; a tártara da Criméia e a alemã do Volga, vítimas da repressão de 1944.

Não se foi além. Pelo contrário, dos documentos do XXII Congresso consta a informação de que se vai processando a unificação nacional, quer dizer russa, cujo idioma impôsto é a "segunda língua materna dos povos da União".

Vimos que há estados que congregam mais de uma nação. Importa salientar agora que há nações divididas por estados.

Assim, a nação germânica habita a Alemanha, Áustria, Suíça, Tcheco-Eslováquia (sudetos). Rússia; Bélgica; a francesa, a França, Bélgica, Suíça, Canadá; tanto a inglêsa quanto a árabe, habitam numerosos estados.

Estão espalhados pela Arábia, norte da África e Síria os beduínos, nação árabe formada por semitas quase puros, nômades, que habitam em tendas.

Dispersos principalmente pelo centro e sul da Europa, mas existindo um pouco pela Ásia e América, constituem os ciganos curiosa nação, que tem gôsto pela vida errante. Orçam em dois milhões e provieram há um milênio do noroeste da Índia. Não obstante falarem também o idioma do estado em que habitam, a sua língua é indo-ariana. Ainda agora (1965), três mil ciganos em peregrinação a Roma acamparam nos arredores da cidade eterna, em suas tendas e foram recebidos pelo Papa Paulo VI, no Vaticano.

A maioria da nação judaica é dispersa pelos estados de todo o mundo. Em 1947 foi criado o Estado de Israel, estado plurinacional, em que a nação judaica entra com dois milhões de nacionais israelitas, que são cidadãos israelenses juntamente com árabes.

Em conclusão o território, mesmo quando *habitat* da nação, não faz parte dela. Recorde-se o que fêz Stalin — a transportação de nações inteiras.

CAPÍTULO 22

IMPORTÂNCIA DA NAÇÃO E A SUA FINALIDADE. O VOCABULÁRIO USUAL E A SUA CRÍTICA

Ressalta do nosso estudo a falsidade do "princípio das nacionalidades", aliás pouco praticado na Europa e agora invocado algumas vêzes na África, que dêle não precisava para se livrar do colonialismo. Podem coexistir muito bem duas ou mais nações num mesmo estado. São típicos os casos da Suíça e da Bélgica, em que houve a confluência de vontade dos componentes de duas nações para erigirem o estado.

Qualquer que haja sido sua origem, o estado plurinacional sob nenhum pretexto pode oprimir a nação. Em regra é êste o problema político das minorias nacionais. No geral o estado tem impôsto a cultura da nação maior e, por isto, mais forte: proíbe o uso da linguagem das outras nações; imprensa, jornais, revistas, livros, rádio, televisão, teatro, escolas, comícios e outras reuniões públicas, a música e outra manifestação de cultura própria. Combate seus usos e costumes. As leis só as editam na linguagem da maioria e, suma crueldade, também nesta língua o processo perante os tribunais. Às nações em minoria só lhes resta a literatura clandestina, o aprendizado do idioma nacional com o leite materno, aprender a ler e escrever na casa paterna. Clandestinos a poesia e canções nacionais.

O princípio também já serviu de pretexto para o estado reagrupar em tôrno de um mesmo centro nacional as frações existentes em estados vizinhos para fazer coincidirem as fronteiras do estado e da nação.

Pelo contrário, é dever do estado, seja nacional ou plurinacional, dispensar tôda ação necessária à manutenção, revigoramento ou aperfeiçoamento dos valôres nacionais, quer se trate de uma quer de várias nações.

A cultura nacional é a base da vida do estado.

Sem dúvida, o fato de se encontrar no seio de determinado estado e de lhe constituir base para a vida, importa deveres de sujeição, de lealdade e de obediência para a consecução de prosperidade pública, que é o fim do estado. A êle há de sujeitar-se a nação até o momento em que o estado, com a sua ação ostensiva ou disfarçada, prejudique a nação, a sua cultura, os seus fins educativos. Hão de ser respeitados pelo estado os direitos dos nacionais aos elementos culturais da nação.

Quer dizer que se não justifica também o nacionalismo exagerado, excessivo, o danoso egoísmo nacional, que erige a nação em fim do homem. Afirma a perenidade da nação e para ela o homem não passa de momento transeunte, de valor relativo. A pessoa humana é assim despojada de tôda dignidade originária e tem negados os seus direitos naturais. Desbordando para o campo internacional, tal egoísmo nacional não vacila em espezinhar o bem alheio para buscar sòmente o seu, medido apenas pelo critério do seu interêsse.

Demais, a nação não supõe o estado, ao passo que o estado esteia-se na nação.

A finalidade da nação é conservar, preservar, transmitir, proteger e desenvolver o patrimônio cultural comum, em benefício da mais completa e perfeita formação da pessoa humana. Esta finalidade é que vincula os membros da nação, que os faz consciente ou inconscientemente defendê-la como necessária à vida de cada qual dêles. Não se trata de sentimentalismo piegas nem de problemática consciência coletiva, nem de fenômeno puramente subjetivo, mas do resultado dos fatôres objetivos apontados na definição e que modelam os nacionais. Se a nação se apresenta como um todo, os portadores e autores da cultura nacional são as pessoas que a compõem, os nacionais.

Êstes é que devem trabalhar por ela e fazer que o estado não só lhes não embarace a ação, como ainda, promotor da prosperidade pública, ofereça as condições para que os nacionais possam conseguir por si os proveitos que lhes propicia a vida nacional. Se o estado é plurinacional, incumbe-lhe ter procedimento igual com tôdas as nações que estão em seu território.

Consoante o que vamos demonstrando, não tem sentido o problema de saber qual mais importante, se a nação ou o estado.

São diferentes as finalidades de um e outro, a patentear a recíproca dependência, enquanto existir o estado.

A nação carece das normas jurídicas e da autoridade do estado, por vêzes também do território, que lhe propiciem condições para a vida nacional. Com tudo aquilo conta o estado, mas por sua vez não bastam os vínculos jurídicos que unem os membros do povo no estado, mas não lhes dão homogeneidade. É a nação que lhe oferece aquêle aglomerado homogêneo sôbre que repousa estàvelmente.

No geral a nação existe há centenas de anos, há milênios e quantos estados já regeram os destinos políticos dos nacionais nesse largo período de tempo! A nação, sempre a mesma, ao passo que as vicissitudes políticas fizeram desfilar à sua frente alguns ou muitos estados a que estiveram jungidas.

Surgem e desaparecem os estados, mas continua a nação. Os polacos sofreram um dia o despotismo alvar de três grandes potências que extinguiram a Polônia e dividiram entre si o seu território. Subsistiu, porém, a nação polaca. Bem mais tarde surgiu de nôvo o estado.

A nação irlandêsa resistiu a novecentos anos de cativeiro.

Quase diria que o mapa político de cada continente é verdadeiro caleidoscópio, cuja cambiante de côres muda com relativa presteza, ao passo que permanecem subjacentes as nações, cujas mudanças se efetuam com tal lentidão que são de todo inadvertidas. Num instante se faz cair por terra um estado; só muita e perdurável violência destrói uma nação.

Crítica do vocabulário usual

Convém ajustar o vocabulário jurídico. A ciência é uma língua bem feita. O jurista não pode empregar palavras equívocas; hão de ser unívocas as vozes da sua ciência. Torna-se impossível mesmo a discussão de qualquer problema, se um dos contendores emprega algum vocábulo em certo sentido e o antagonista o toma em sentido diverso.

Já definimos populações, povo, nação, estado; é fácil diferençar o nacional do cidadão, do estrangeiro e do apólida.

O vocábulo "pátria" há de ser empregado sòmente no seu antigo e literal sentido de "terra patrum", a terra dos nossos maiores, como a povoaram e defenderam os antepassados, os avoengos, como aí viveram heròicamente. Recorda as gestas dos nossos avós.

"País" origina-se de "ager pagensis" (de "pagus", aldeia); é o território de uma aldeia. Costumavam empregar esta voz como sinônima de estado. O têrmo, entretanto, não é do vocabulário jurídico.

Costume arraigado, proveniente das teorias do século dezoito, não permite evitar-se o emprêgo das expressões errôneas: direito "internacional", Sociedade das "Nações", "Nações" Unidas.

Acode-nos afinal corrigir a frase seguinte: estado é a sociedade polìticamente organizada. Já mostramos que só o direito organiza uma sociedade. Também não se pode corrigir para "jurìdicamente" organizada, pois tôdas as sociedades o são e não apenas o estado. Continuaria o desacêrto se disséssemos que o "estado é a nação jurìdicamente organizada" e isto pelos ensinamentos expendidos sôbre o que é nação e o que é estado.

Nota — Exceto duas, as demais constituições brasileiras confundem nacionalidade e cidadania.

Intérpretes há que igualmente confundem cidadania com a plenitude dos direitos políticos. Se só o eleitor fôsse cidadão, estariam assim excluídos os menores de 18 anos, os não alistados, notadamente o grande número de analfabetos e de soldados e, até pouco tempo, as mulheres, os frades e as freiras.

da cidadania

ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

PRINCIPAIS INSTITUIÇÕES

CAPÍTULO 23

A) ESTADO DEMOCRÁTICO. DEMOCRACIA DIRETA

Em nenhuma forma de estado jamais se admitiu que os detentores da autoridade a exercessem exclusivamente no interêsse próprio.

Concepção de estado democrático

Ainda no estado mais rigorosamente absoluto os podêres de que se considerava investido o soberano, em seu interêsse privado, constituíam, de certo modo, a compensação pelos serviços que êle prestava e pela atividade que exercia no interêsse público. Nos tempos modernos, porém, firmou-se o princípio, que se tornou universal, de que todo serviço para o estado é exercido exclusivamente no interêsse público. Precisou-se, ainda, que êste interêsse público é o próprio interêsse do povo, considerado unitàriamente. Trata-se de interêsses meramente materiais e econômicos ou de interêsses espirituais na defesa de determinada tradição cultural, da unidade e da continuidade do próprio povo, em geral se trata, sempre e sòmente, de interêsse do povo. Daqui se dá um passo ulterior e se acentua que o melhor juiz dos seus interêsses é o próprio povo. Nasceu, assim, o estado democrático, isto é, o estado em que o povo, de acôrdo com o seu entender livre, toma decisões concretas em matéria política

ou, ao menos, decide quais hajam de ser as linhas diretivas a que se deve ater a ação dos que são colocados no govêrno.

Requer alguns comentários a nossa definição de estado democrático. A nosso modo de ver seria errôneo considerar democrático todo estado em que a ação do govêrno se conforma com as tendências políticas prevalecentes no povo ou no qual haja acôrdo comum entre a atividade dos governantes e a opinião pública. É difícil contestar que semelhante acôrdo tivesse havido nos estados totalitários italiano e alemão. O povo deve ter confiança num homem, num *führer* e deixá-lo agir. O govêrno pode, mediante apropriada propaganda, mover a opinião pública em seu interêsse; de outro lado, a popularidade de certos ditadores, em boa parte, é devida ao fato de êles saberem atuar consoante certos sentimentos e certos desejos populares. O acôrdo, em suma, entre governantes e governados, entre os que detêm o poder e a opinião pública, subsiste de fato tão freqüentemente e por tão variadas razões (subsistia não raramente até no estado absoluto) e é além disto algo de tão vago e dificilmente precisável, que por certo não pode servir para caracterizar determinada forma de estado.

Para que subsista o estado democrático não bastam tendências imprecisas da opinião pública; importa haver algo mais concreto e de mais preciso: que o direito preveja e discipline as manifestações inequívocas, regulares e freqüentes da vontade do povo, das quais resultem, de modo objetivo, o seu pensamento a respeito dos negócios políticos e segundo as quais sejam tomadas livremente pelo povo as mais importantes decisões, de acôrdo com o seu juízo. Por isto o regime democrático só é possível em clima de liberdade política. A decisão sempre é escolha em várias alternativas e, portanto, só se pode ter decisão popular quando se apresentam ao povo várias soluções para escolher uma.

É por esta razão, ainda, que o regime democrático pressupõe certa maturidade no povo que, em primeiro lugar, há de demonstrar interêsse concreto a respeito dos problemas políticos; em segundo lugar, há de ser capaz de lhes dar, mediante a sua vontade, soluções adequadas.

O estado é democrático quando a ordenação jurídica se apóia sôbre esta confiança no povo e organiza os podêres públicos de modo que a vontade popular, livre, paire acima de qualquer outra.

Daí a nossa definição: *Democracia é o regime em que o povo, pelo seu entender livre, toma resoluções concretas em matéria política.*

Modos de atuação

São duas, principalmente, as maneiras pelas quais o povo faz sentir a sua influência sôbre as coisas públicas. Em primeiro lugar (democracia direta) o povo toma decisões concretas em relação ao govêrno do estado, por exemplo, o poder do povo editar leis ou de revogar as existentes (o que também é um modo de legislar, pois revogar a lei preexistente significa aprovar nova lei que põe têrmo à primeira). Em não poucas ordenações jurídicas o povo pode acercar-se das urnas para decidir a respeito de determinada lei. A votação popular com que se cria lei nova ou se revoga a existente denomina-se *referendum*. Há também o plebiscito. Em alguns estados, como nos Estados Unidos da América do Norte, também existe, mas parece que com pouco sucesso, a participação direta do povo nas funções jurisdicionais. Muito mais freqüente, com referência a fins jurisdicionais, é o instituto do júri e seus análogos, em que certo número muito limitado de cidadãos, escolhidos por sorte ou por outro critério, julgam certos crimes.

Entretanto, o modo mais importante, característico e essencial do estado democrático, em que o povo influi na atividade do govêrno, é o que encontramos nos órgãos representativos (democracia indireta). Certos membros do govêrno são eleitos pelo próprio povo e permanecem no cargo por breve período de tempo. Com êste sistema é assegurada a presença, no govêrno, de pessoas que gozam da confiança popular e que seguem as tendências políticas prevalecentes no povo, em certos momentos. Se vem a faltar a confiança ou se mudam as tendências políticas, nas sucessivas eleições haverá a substituição dos antigos por no-

vos representantes. Os que governam o estado devem conquistar a confiança popular e conservá-la. Em última análise, é o povo que decide por quem e segundo quais critérios há de ser governado o estado.

Origem do sistema representativo

Êste sistema, denominado representativo, enquanto o estado é formado por órgãos que, como impròpriamente se diz, representam o povo, derivou-se da Inglaterra, onde, por peculiares razões históricas, já vigora por longos séculos, ainda que outrora sob formas muito diversas das atuais. No decorrer do último século estenderam-se mais ou menos a todos os estados levando-os, portanto, a uma democracia mais ou menos acentuada. É claro que o estado é tanto mais pronunciadamente democrático, quanto mais numerosos e importantes são os órgãos eleitos pelo sufrágio popular.

Mais ou menos representação

Entre os órgãos de representação popular, uns são mais representativos e outros menos. Da mesma forma que com referência a outras condições, tanto mais o órgão é representativo quanto mais numeroso.

Quanto aos eleitos

Evidentemente, não haveria mais representação, mas democracia direta, se todos os eleitores tomassem assento no govêrno. Se cada grupo, suponhamos, de dez eleitores enviasse o seu representante, ter-se-ia representação mais próxima à participação direta do povo no govêrno. Quanto mais minguar o número de eleitos com relação aos eleitores, tanto menos o órgão pode considerar-se exatamente representativo de tôdas as tendências. Menor será a preferência do povo inteiro quanto maior fôr a divergência entre uma e outra das suas deliberações singulares

em face daquela que o povo haveria de tomar, se fôsse chamado a opinar diretamente. A respeito de alguns países democráticos, como a Suíça, demonstra-se que a vontade dos chamados representantes do povo com assento no parlamento e a vontade do próprio povo muitas vêzes têm sido antitéticas. Não é raro, efetivamente, o caso de leis em que estiveram de acôrdo todos os partidos, aprovadas por grande maioria no parlamento e que, depois, submetidas ao *referendum popular,* foram rejeitadas.

Quanto ao corpo eleitoral

De outro lado, é tanto mais representativo o órgão, quanto mais extenso é o corpo eleitoral.

Quanto à tendência dominante

Em terceiro lugar, o órgão pode ser organizado de modo a representar sòmente a tendência dominante em todo o estado ou em cada uma das partes, como acontece com os sistemas uninominais, em que cada candidato representa a tendência dominante na própria circunscrição.

Ou então o órgão pode ser organizado também para representar tôdas as fôrças políticas de modo proporcional às que existem na região.

Por partidos

Há vários sistemas para assegurar a exata correspondência entre o número dos eleitores que dão o voto a cada partido e o número de eleitos pertencentes àquele partido. Na hipótese, o órgão aparece como espelho fiel da situação política da região. Claro é que isto só se pode verificar em órgãos compostos de numerosos membros, como a câmara dos deputados. Onde o órgão corresponde a uma só pessoa, esta só pode representar, seja a tendência prevalecente, seja o acôrdo entre as várias tendências que juntas obtiveram a maioria.

CAPÍTULO 24

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. SUFRÁGIO UNIVERSAL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL

Manifestação da vontade do povo

Afirmamos que na democracia há a participação do povo no govêrno do estado. E esta participação, seja direta (como no *referendum*) ou indireta (como nas eleições dos órgãos representativos), concretiza-se geralmente em manifestações precisas de vontade, mediante as quais o povo declara o que quer e o que não quer. Pois que o povo é composto de indivíduos físicos e assim não há outras vontades senão a dos indivíduos, são os indivíduos que concorrem para tomar aquelas deliberações. A ordenação jurídica determina quem tem a capacidade de concorrer com a própria vontade às votações, eleições e outros atos eventuais, em que se exterioriza o princípio democrático. Esta capacidade globàlmente considerada em face de todos os atos a que se refere e com respeito ao indivíduo que dela é investido, denomina-se "gôzo dos direitos políticos".

Quem pode exercê-la

No estado democrático há tendência de atribuir tal capacidade a todos os cidadãos. Por povo entende-se, justamente, a totalidade dos cidadãos. Como nos primeiros tempos em que as formas democráticas foram introduzidas, se reputou que nem todos os cidadãos eram idôneos para função tão delicada e, portanto, sòmente aquêles que tivessem dado senso e dada cultura teriam o gôzo dos direitos políticos, sòmente a êles competia, por assim dizer, representar o povo inteiro.

Sufrágio universal

Contràriamente a isto ganha hoje terreno, por tôda a parte, o princípio do sufrágio universal, pelo qual quase todos os cidadãos são admitidos a participar ativamente da vida política. As exceções dizem respeito sòmente aos menores, aos enfermos da mente, àqueles incursos em determinadas condenações penais e, em geral, aos que não têm plena capacidade jurídica. O conjunto dos cidadãos investidos do gôzo de direitos políticos denomina-se "corpo eleitoral", tendo em vista a sua função mais importante, a participação nas eleições políticas.

Tendências corporativas

Foi-se alargando contìnuamente o corpo eleitoral até compreender todos os cidadãos, salvo pequenas exceções, devidas a evidentes razões objetivas. Está surgindo, entretanto, nos tempos atuais, a tendência oposta, qual seja a de restringi-lo novamente. É certo que não significa o retôrno aos velhos critérios aristocráticos do senso ou da cultura ou a outros semelhantes. Bem ao contrário, em homenagem ao princípio proletário, em virtude do qual só os trabalhadores com exclusão de quaisquer outros são dignos e aptos de participar da vida política. Sòmente a êles, por conseguinte, é atribuído, em alguns estados, o gôzo dos direitos políticos. Correlativamente os eleitores, segundo o critério das circunscrições territoriais, são divididos de acôrdo principalmente com a categoria de trabalhadores a que pertencem e cada categoria envia à câmara os próprios representantes.

Terminou o princípio por influir de tal modo sôbre a própria natureza da representação política, que ela se transformou em representação sindical, isto é, em representação não mais de cada cidadão mas das várias categorias de trabalho. O princípio é ligado estreitamente às doutrinas marxistas, consoante as quais não existem outros interêsses individuais senão os materiais e econômicos. Portanto o estado não tem outro dever senão o de disciplinar a vida econômica do grupo social e o de dirimir os conflitos eventuais a ela relativos. Claro é que a teoria não pode

mais ser aceita, porquanto de modo contrário admitimos que os indivíduos têm outros interêsses além dos meramente econômicos. Agrupam-se e dividem-se em partidos políticos, conseqüentes de razões muito complexas e exigem do estado ação a serviços de tais necessidades mais complexas. Onde aquela teoria prevaleceu como na Rússia soviética, falta totalmente tanto a vida política como nós a entendemos, quanto a divisão em partidos políticos. São também ausentes a discussão e as decisões populares referentes aos verdadeiros problemas políticos, segundo os conceitos tradicionais.

Análise do voto dos analfabetos

O conhecimento do alfabeto é condição fundamental para enfrentar qualquer problema de cultura e, portanto, para desenvolver e revigorar a própria capacidade espiritual.

Temos que encarecer a instrução como necessária para conduzir o povo à profícua e eficaz compreensão dos valôres morais e sociais.

Faça-se a exigência do conhecimento do alfabeto como instrumento para enfrentar os problemas da responsabilidade pessoal de cada um, responsabilidade religiosa e social, a envolverem a cívica. Em geral, com tais conhecimentos é provável que melhor se defrontem com os problemas essenciais que se impõem aos indivíduos e à sociedade.

A instrução primária (oxalá disséssemos a secundária) é direito e dever do cidadão.

A privação de um direito (desde que possível o seu gôzo) é para o indivíduo estímulo para que se alfabetize ou alfabetize os seus, estímulos para que cumpra o dever.

A maioria dos analfabetos vive em grande dependência. A política será pior que outras dependências, pois os guias políticos dêsses cegos muitas vêzes são aventureiros: rádio, televisão, comícios, distribuição ou substituição de cédulas...

Se é verdade que o voto secreto concorre para a liberdade do eleitor, é certo que o analfabeto não poderá ser livre.

Um dos principais institutos do regime representativo é o voto, único meio de se nomear o representante. Logo, deve êle

ser resguardado o mais possível, a fim de a escolha ser acertada. Daí as exigências mínimas para o exercício do voto e a sua negação aos que não têm capacidade (imaturos ou insanos, analfabetos, ignorantes da língua nacional, privadas dos direitos políticos, cabos e soldados).

Em outros tempos podia tolerar-se o voto do analfabeto, pois os problemas políticos eram mais simples e menos numerosos, conheciam-se melhor os homens, eleições só nas corporações de ofício e nos municípios (procuradores do povo) ou, ùltimamente os habitantes em geral de povoados de pouca população, guiados por chefes que se haviam impôsto em geral por austeridade e benemerência. Hoje, não só se lida com estranhos e intrusos, como ainda são complicadíssimos os problemas políticos.

Logo, quanto menos ignorante o cidadão, mais apto estará para constituir o seu representante ou para representar outros cidadãos.

O analfabeto é marginal na sociedade.

A prol do voto dos analfabetos

Saber ler e escrever não dá o conhecimento nem o discernimento das coisas, nem infunde moralidade. Há analfabetos que têm espírito atilado e alfabetizados que o não têm. Analfabetos de moral rígida. Há analfabetos que têm capacidade de observação e de raciocínio, poder crítico para apreender e entender os valôres efetivos, sensibilidade natural e capacidade para árduas questões.

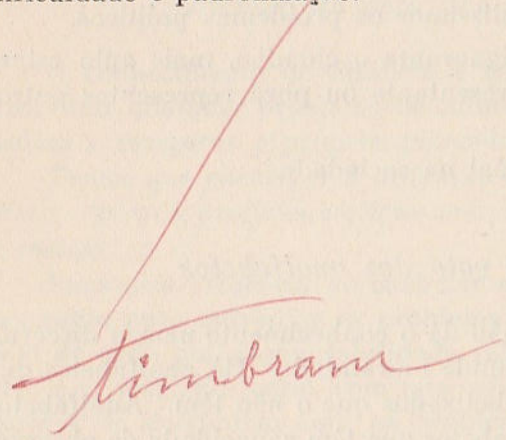
Que democracia é esta em que bem mais de cinqüenta por cento dos cidadãos se vêm privados de tomar parte na vida política? E se fôssem 90, 100%? Aristocracia? Ditadura de alguns ou de um!

Ainda é maior o número, pois já foi verificado o nervosismo e vexames de muitos alistandos alfabetizados, ao terem de escrever diante do juiz, e até na simples presença de amigos, recibos e procurações.

Nas eleições municipais em municípios pequenos, o analfabeto conhece as questões e as pessoas.

No Brasil, a mor parte dos analfabetos está na zona rural. Ora, não se lucrará muito deixando o voto quase só nas mãos dos homens das cidades, principalmente quando o interior representa grande fonte de energias morais e econômicas.

Privar do voto o analfabeto é castigá-lo por culpa que não é sua. Isto é injusto. Tanto mais que em boa parte os culpados são os políticos e pedagogos das cidades que, estribados em novidades pseudocientíficas, tinham em não abrir escolas de acôrdo com a pobreza e necessidade do povo da roça. As exigências são descabidas, quer quanto ao professorado, quer quanto ao material, quer ainda quanto à organização dos programas. Tudo dificuldade e padronização.



CAPÍTULO 25

DEMOCRACIA E FORMAS DE GOVÊRNO

Tão importante se torna o princípio democrático, nos tempos modernos, que serve êle de critério fundamental para a classificação dos estados. Diferentemente do que acontecia nos tempos antigos, em que outros critérios se adotavam para a distinção das várias formas de estado, hoje tanto para as distinções fundamentais quanto para outras secundárias, se tem em vista o modo de atuação do princípio democrático.

1.ª Distinção: Monarquia e república

Assim, no que diz respeito à primeira distinção entre os estados, encontramos a forma monárquica e a republicana.

Já se tem notado que o caráter diferenciador de uma ou de outra forma, não lhes advém do fato de ser hereditário na monarquia o cargo de chefe de estado, cargo que é eletivo na república. Casos há de monarquia eletiva como no Sacro Império Romano Germânico, nos primeiros reinados da França, no antigo reino da Polônia e como hoje acontece na Igreja católica, que se considera dirigida de forma análoga à monarquia, não obstante a escolha do Papa ter trâmite de uma eleição.

Aquilo que de comum existe entre uma e outra forma monárquica — a hereditária e a eletiva — é que em ambas é irrevogável a investidura do chefe do estado. É encargo dado definitivamente, sem possibilidade de se reabrirem discussões acêrca da dinastia (monarquia hereditária) ou acêrca de pessoa (monarquia eletiva). Ao invés disto, a república é caracterizada pela temporariedade do cargo de chefe do estado; demais, a temporariedade é prevista para assegurar ao detentor do poder a confiança dos que o elegeram.

Por outras palavras, o presidente da república é órgão representativo, porque dêle se espera certo comportamento, conforme as ideologias das fôrças políticas que o levaram ao poder. Já não o é o monarca, pois ainda que eleito, depois da eleição se desvincula de tôda relação anterior, o que lhe permite permanecer no cargo por tôda a vida, sejam quais forem as mutações políticas supervenientes.

No estado moderno, a eleição do presidente da república é obra da vontade popular, expressa direta ou indiretamente, neste último caso através de eleição de grau duplo, como nos Estados Unidos. Outras vêzes é por meio dos órgãos de maior representação, as câmaras por exemplo, como na Itália ou por corpo especial mais extenso que as câmaras, como na França.

Na monarquia, o chefe de estado tem posição mais elevada, colocado como está acima das lutas políticas e dos partidos. Devido à irrevogabilidade da sua posição, está êle a coberto, desvinculado e independente das várias tendências em que se divide o país. A vária sorte que tenha uma ou outra tendência não influi em nada sôbre a posição do monarca.

O presidente da república, nomeado por poucos anos, permanece ligado às fôrças que o levaram ao poder; é o expoente de uma tendência e não será reconduzido ao cargo, se possível, se durante o seu govêrno houverem mudado as fôrças políticas. Justamente, porém, por estar mais próximo das tendências políticas prevalecentes e maiormente em grau de entendê-las e de sentir-lhes a exigência para o cumprimento dos seus deveres, o presidente da república tem de fato maior influência e maior poder efetivo do que o monarca.

Mais ou menos democracia

Em virtude de não haver hoje mais repúblicas aristocráticas, a distinção entre república e monarquia passou a ser distinção entre estados que adotam de modo integral o princípio democrático (porquanto, nas repúblicas todos os órgãos são representativos) e os outros estados ao contrário, não aplicam o princípio democrático no tocante ao importante cargo de chefe de estado. Êstes últimos estados se distinguem ainda em vários tipos sempre

de acôrdo com a extensão maior ou menor concedida ao princípio democrático. Na monarquia absoluta todos os podêres são concentrados no monarca.

Portanto o supremo govêrno do estado todo êle reside nas mãos de órgão não representativo. Na monarquia limitada ou constitucional parte dos podêres soberanos diz respeito a outros órgãos os quais, nos tempos modernos, sempre são órgãos representativos, expressão da vontade popular. Ordinàriamente é o poder legislativo que é retirado do monarca e exercido pelas assembléias eleitas pelo povo. Finalmente nas monarquias de govêrno parlamentar, as assembléias conquistaram podêres maiores, até que o poder efetivo passou quase totalmente para as suas mãos, reduzindo-se a bem pouca coisa o poder conservado pelo monarca. Assim é na monarquia inglêsa e na maior parte das outras atualmente existentes.

Da monarquia absoluta à república há, portanto, uma série de gradações, nas quais o estado assume formas mais ou menos acentuadamente democráticas.

CAPÍTULO 26

B) O ESTADO CONSTITUCIONAL

Não apenas democrático é o estado moderno. É êle também estado constitucional e estado de direito, ambas as expressões ligadas entre si estreitamente, ainda que não seja de todo idêntico o seu significado.

O princípio democrático a que nos referimos nos capítulos anteriores diz respeito à posição do povo unitàriamente considerado em face do estado. Afirma que a atividade dos governantes há de ser conforme à vontade popular; indica com que meios e através de quais institutos o povo há de fazer sentir o pêso da sua autoridade sôbre a ação do govêrno.

O princípio democrático não basta

Mas o princípio democrático por si só não basta para dar suficientes garantias de que o estado atua segundo os princípios de justiça, de respeito às exigências individuais que o mundo moderno elaborou e vivamente sentiu. Não se pode dizer que o indivíduo não tenha mais necessidade de defesa em face do estado, só porque êle adotou formas democráticas e é dirigido pela própria vontade popular.

Razão do dito acima

A vontade popular será de fato, na melhor hipótese, vontade da maioria e a maioria poderá também governar o estado segundo os seus interêsses particulares e não segundo os interêsses de todos. Poderá buscar consolidar apenas o próprio poder, ao invés de buscar os interêsses perenes e gerais da coletividade,

poderá tomar medidas contra os dissidentes e desprezar os seus direitos mais elementares.

A prática demonstra que as tiranias democráticas, isto é, as exercidas por intransigente maioria, assentadas no poder, são as mais ferozes que a história conhece.

O princípio democrático e o poder nas mãos do povo não garantem, portanto, de modo nenhum a justiça objetiva, a serena avaliação e o equânime respeito de todos os interêsses individuais, ou de qualquer maneira particulares, distintos e por vêzes contrapostos aos do grupo que ocupa o poder. É por isto que junto ao princípio democrático encontramos no estado moderno outro princípio que, algumas vêzes, aparece como complemento do primeiro e em outros momentos aparece, ao contrário, em antítese com o primeiro e pelo qual se busca construir um estado que no desenvolvimento da sua ação não ofenda inùtilmente os interêsses particulares de cada indivíduo ou dos grupos.

Os interêsses contrastantes

Afirma-se de acôrdo com êstes princípios que se não levem em conta sòmente os interêsses públicos gerais do estado ou, se preferirem, do povo como coletividade e como unidade, mas hão de ser tomados em consideração, ainda, os interêsses particulares de cada um, freqüentemente em contraste com os primeiros, os quais não foi dito que sempre devam ceder o passo diante dos primeiros. Em algumas hipóteses, sim; em outras, não. Ocorre, comumente, que devam ser tidos em consideração, devem estar presentes e avaliados e o seu sacrifício não deve ser impôsto arbitràriamente, mas sòmente quando o exijam interêsses superiores e gerais. Em substância, trata-se de buscar e de fazer atuar formas de tutela do indivíduo em face do poder, qualquer que êle seja, democrático ou não. Várias são as formas desta tutela. Todavia, no curso dos séculos, assumiram algumas formas específicas e bem determinadas.

CAPÍTULO 27

PRINCÍPIO DA DIVISÃO DO PODER

Em primeiro lugar, sem dúvida, o mais importante instituto neste campo é o denominado princípio de divisão do poder.

Na base dêste princípio está o conceito de que a multiforme atividade exercida pelo estado pode dividir-se, de acôrdo com a tripartição fundamental, em atividades legislativa, executiva e jurisdicional. Cada qual destas três atividades seria diversa das outras por seus caracteres próprios e intrínsecos e por sua natureza.

Examinando esta doutrina, cuja formulação científica se deve a Montesquieu, notamos que é de importância fundamental a distinção, não obstante fraca e incerta, entre atos gerais e especiais.

Legislação, administração, jurisdição

Atos há que respeitam individualmente à pessoa ou a casos determinados ou determináveis: ato de nomeação dos vencedores em concurso público, mandado de prisão contra determinada pessoa, chamada às armas de determinada classe. Denominamos especiais êstes atos.

Atos há que se referem abstratamente a pessoas ou a situações não determinadas no momento em que se editam; a norma do código penal, que prevê como crime certas ações; a norma do código civil que dispõe que os contratos hão de ser observados; a norma disciplinadora da obrigatoriedade do serviço militar. Tôdas, ao serem promulgadas, não se referem nem a Tício, nem a Caio, nem a Semprônio, mas ditam abstratamente determinadas regras para os que se encontrarem nas condições previstas.

Denominam-se gerais os atos dêste tipo, porque se referem a situações abstratas, gerais, ao invés de situações individuais concretas.

Ora, a teoria da divisão do poder diz que qualquer atividade exercida pelo estado deve antes de tudo predispô-lo a regulá-la preventivamente por meio de atos do último tipo, isto é, mediante normas gerais e abstratas. Não pode o estado iniciar concretamente a sua ação num ou noutro campo e dar ordens a um ou a outro indivíduo. Primeiramente há de haver disciplinado a matéria de modo geral, ditando em abstrato as regras para a própria atividade, os seus limites e modalidades. Só depois disto poderá passar à ação concreta. Essa última é vinculada pelo que dispõem as normas gerais e não pode contrariá-las. Por isto é que a atividade dirigida à edição dos atos gerais se denomina atividade legislativa e a concreta, dirigida à prática dos atos especiais ou ao agir material, se denomina atividade administrativa.

A teoria da divisão do poder conclui por afirmar que a atividade administrativa há de ser precedida pela legislativa e nesta encontra o próprio guia, o próprio fundamento e o próprio limite.

A teoria da divisão do poder afirma, finalmente, que hão de ser distintos os órgãos prepostos a uma ou outra atividade, por isto que algumas editam sòmente normas gerais, sem descer às providências concretas e outras sòmente tomam providências concretas nos limites consentidos pelas normas gerais.

Há finalmente terceira atividade do estado. Tôda norma geral pode dar lugar a discussões, a incertezas, na sua aplicação aos casos concretos; pode sempre duvidar-se se as normas gerais estão conformes ao ato concreto de autoridade administrativa ou à ação do indivíduo. Pode assim surgir controvérsia a êste respeito. Existe pois outra atividade do estado destinada a resolver as controvérsias que surgem no tocante à aplicação das normas gerais e que se denomina atividade jurisdicional. A teoria da divisão do poder acrescenta que também para esta atividade hão de ser instituídos órgãos distintos seja dos legislativos, seja dos administrativos. Assim, em última análise, para a teoria da divisão do poder há três grupos distintos de órgãos: os que editam sòmente normas gerais, os que apenas tomam medidas concretas nos limites traçados pelos primeiros e os que, no caso de contro-

vérsia, decidem da conformidade ou não de cada ato particular em relação às normas gerais, sejam os atos praticados por indivíduos ou por autoridades públicas.

As vantagens práticas

Não é necessário salientar que com o sistema assim descrito se obtém o máximo de garantias para os indivíduos em face do estado. O sistema exige que o estado proceda a ação concreta só depois de lhe haver atentamente avaliado as conseqüências e precisados os limites do modo mais equânime e imparcial para todos. Editando normas abstratas e gerais, torna-se muito difícil ao legislador favorecer ou prejudicar deliberadamente os interêsses particulares de determinado indivíduo. Além disto a lei, uma vez publicada, escapa dos seus autores, pois a aplicação e a interpretação da lei são confiadas a outros órgãos distintos. Por isto o legislador se limita à enunciação abstrata da norma, sem possibilidade de lhe dar falsa aplicação nos casos concretos.

A concretização ulterior de norma é confiada à autoridade administrativa, que é vinculada pela lei e não pode desrespeitá-la. Portanto, se preciso, será chamada à observância das leis pelos órgãos jurisdicionais, pelo que fica excluída a possibilidade de atos arbitrários também pela autoridade administrativa. Compreende-se, agora, como nos tempos modernos se buscou a enérgica defesa do indivíduo diante de todos os arbítrios estaduais.

Continuação das vantagens

A divisão do poder produz a primeira conseqüência notável, que é também uma das mais salientes características do estado constitucional. Enquanto nos estados absolutos o supremo poder de govêrno do estado se concentra num único órgão (nas monarquias absolutas reside no monarca, diante do qual aparecem, como membros dependentes, todos os outros órgãos e funcionários estaduais), por efeito da divisão do poder temos, no vértice do estado, vários órgãos recìprocamente independentes, cada

qual agindo na própria esfera de competência sem receber ordens dos outros. Êste poder supremo, que no estado absoluto se concentra em única mão, aqui está repartido por vários órgãos, cada um dos quais detém só parte do poder. Justamente no fato de exercê-lo só em parte e que a sua atividade deva integrar-se com a dos demais órgãos, que lhe são independentes, está a garantia contra a prática de atos arbitrários ou de injustiças, a garantia de que a atividade do estado não se desvie para fins diversos dos que lhe são próprios.

Diferença importante

Por isto que os órgãos que se encontram no vértice da organização estadual se denominam órgãos constitucionais, havemos de concluir que no estado absoluto sòmente há um órgão constitucional, ao qual todos os outros estão hieràrquicamente subordinados, ao passo que no estado constitucional, pela divisão do poder, há vários órgãos constitucionais coordenados entre si.

Êste princípio da pluralidade dos órgãos constitucionais é adotado em todos os estados modernos e pode dizer-se que não há nenhum que o deixasse de acolher.

CAPÍTULO 28

PRESIDENCIALISMO E PARLAMENTARISMO

Se a doutrina da divisão do poder obteve, pode dizer-se, êxito universal, substituindo por vários órgãos constitucionais o único que caracterizava o estado absoluto, tal resultado, todavia, não foi tão completo quanto ela própria prometia.

Ponto de partida da doutrina da divisão do poder

O ponto de partida da doutrina repousa no relêvo por ela emprestado à distinção entre atos gerais e especiais e, em conseqüência, sôbre esta base tem-se a tripartição das funções estaduais e vemos que a cada uma destas três funções, legislativa, administrativa e jurisdicional, haveria de corresponder um órgão constitucional distinto.

Aplicando de modo mais integral a doutrina da divisão do poder, havemos de concluir que no vértice da organização estadual deve haver três órgãos constitucionais: um exclusivamente preposto à função legislativa; outro, do mesmo modo, exclusivamente preposto à executiva e um, afinal, para a função jurisdicional.

Avizinharam-se dêste modêlo, ainda que não integralmente, as primeiras constituições escritas sob o influxo daquela doutrina, tais como as constituições revolucionárias francesas do fim do século dezoito e a constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Aproximaram-se muito também dêste modêlo algumas constituições promulgadas depois da primeira guerra mundial. Mas a maioria das constituições dêle se afastou sob muitos aspectos, a ponto de ofender os mesmos princípios.

Exclusividade impossível

Antes de mais nada a prática demonstrou a inoportunidade da rígida e mecânica distribuição da competência entre os órgãos do estado, como a derivante da aplicação integral do princípio da divisão do poder. O princípio vige como princípio em quase todos os estados, havendo por tôda parte órgãos que exercem prevalecentemente a função legislativa, outras que exercem prevalecentemente a função administrativa e outros ainda a jurisdicional.

Na quase totalidade dos estados, além disto, admite-se que êste critério fundamental de distinção sirva de guia à interpretação nos casos duvidosos. Isto acontece quando o direito não declara explìcitamente por qual órgão deve ser exercida determinada função, se há de considerar que seja da competência dos órgãos prepostos prevalecentemente à atividade legislativa se, pelo seu conteúdo, aquela função se revela atinente à função legisiativa.

O exercício ilegítimo, enfim, de função legislativa por parte de autoridade administrativa, dá origem a incompetência mais grave e geradora de maiores consequências do que o fato da autoridade administrativa ter exercido simplesmente podêres atinentes a outra autoridade, também administrativa.

Tal não impede, porém, como já dissemos, que a distinção entre a competência dos vários órgãos não seja rigorosamente estabelecida, de acôrdo com o aludido critério. Aos órgãos legislativos são conferidas por vêzes também funções jurisdicionais e administrativas: o senado funciona como alta côrte de justiça, as câmaras possuem muitas e variadas funções que são constitucionais e que não podem deixar de existir mediante a simples lei ordinária; os juízes, além das funções jurisdicionais, também exercem várias funções de outros tipos. Casos há em que o juiz possui competência legislativa ou administrativa.

Nos primeiros tempos

Existe exceção mais grave na doutrina da divisão do poder. Nos primeiros tempos em que a doutrina foi aplicada, a organi-

zação estadual parecia conformar-se às suas grandes linhas. Os órgãos jurisdicionais constituiam aliás, já por tradição anterior, órgãos independentes e a sua relação como poder legislativo e executivo — exceção feita dos Estados Unidos da América do Norte — não deu lugar a graves dúvidas ou problemas. Quanto ao poder legislativo, todos estavam de acôrdo que fôsse exercido pelas câmaras eletivas e bem depressa os estados passaram a criar órgãos dêste tipo, compostos, como se dizia, de representantes do povo e investidos do poder legislativo. Quanto à atividade administrativa, da mesma forma havia concordância em admitir que se respeitasse não um órgão amplo e colegial como o parlamento mas outro, composto de poucas ou de uma única pessoa. Quase não houve discussão a respeito de essa atividade permanecer nas mãos do chefe do estado, isto é, da coroa, dada a forma monárquica prevalecente no século dezenove. Tal era o sistema acolhido nas primeiras constituições revolucionárias francesas, que conservaram a forma monárquica, tal o sistema ainda hoje em vigor no Brasil e nos Estados Unidos da América, em que o presidente da república é efetivamente o chefe do poder executivo.

Portanto, um órgão para o poder legislativo: o congresso ou o parlamento. Um órgão no vértice de tôda a organização administrativa: o presidente ou el-rei como chefe de estado. E órgãos, enfim, destinados à função jurisdicional.

Eis, porém, que logo surgiram novas tendências. Antes de mais nada, porque o chefe do estado, especialmente nos estados monárquicos, é isento de tôda responsabilidade pelos atos que pratica, e porque, de outro lado, é inadmissível no estado moderno que altas funções tão delicadas como a do chefe de estado sejam exercidas por pessoa irresponsável. Formou-se primeiramente na Inglaterra e depois em outros estados o princípio de que os atos do chefe de estado haviam de ser referendados por pessoa responsável. Veremos em breve êste ponto a propósito da responsabilidade ministerial. Note-se desde já, porém, que os conselheiros ou ministros do chefe de estado assumiram por êstes modo nova função. Não são mais como antigamente simples secretários ou ajudantes do chefe de estado, o qual os admitia a fim de que fôsse aliviado no desempenho das suas funções. Devem êles agora assistir ao chefe de estado e assumir,

com a própria assinatura, a responsabilidade dos seus atos em face do povo. Continuava o chefe de estado livre para nomeá-los e para exonerá-los; e, quando quisesse praticar qualquer ato, bastava-lhe nomear ministros dispostos a referendá-lo. Todavia, não podia passar sem ministros e necessàriamente tinha que se servir do seu trabalho.

Nada até aqui que contrariasse os princípios. Que fôsse exercido o poder executivo pelo chefe de estado, com o concurso dos ministros, ou então que o órgão executivo se tornasse órgão mais complexo do que era até ali, em nada atenuava a substância, em certo sentido rigorosa, da divisão do poder. Haveria, como dantes, sòmente órgãos legislativos de um lado e órgãos executivos de outro, bem distintos entre si. Mui ràpidamente se deu a evolução ulterior que veio modificar êste estado de coisas.

Antecedentes do parlamentarismo

A doutrina da divisão do poder era baseada no pressuposto teórico de que não correspondia à realidade. Pressupunha confiança igual ou, mais exatamente, igual desconfiança nos órgãos do estado. Considerava que cada qual deveria deter parte apenas da soberania porque seria perigoso confiá-la tôda a um só dêles.

Reconhecia que a divisão das competências havia de ser feita de tal modo que cada órgão se encontrasse impossibilitado de praticar atos arbitrários e inùtilmente lesivos aos interêsses individuais. A realidade, porém, era outra. A monarquia, que até pouco tempo antes havia sido absoluta e que nem sempre havia tolerado de boa vontade as reformas, era olhada com suspeita, temendo-se que estivesse de sobreaviso, à espera de ocasião favorável para readquirir todos os podêres anteriores. As novas câmaras legislativas, pelo contrário, gozavam de estima e confiança geral. Eram compostas de membros eleitos pelos cidadãos. As suas decisões ponderadas traziam a garantia de seriedade e de equanimidade. Quase por tôda parte havia duas câmaras, compostas mediante critério diferente. Por isto, tôda deliberação havia de passar pelo crivo de uma e de outra. Em cada câmara era precedida a decisão final de discussão pública e quase sempre ampla. O elevado número de membros compo-

nentes de cada câmara e a sua filiação a tendências as mais variadas asseguravam a certeza de que os aspectos todos das questões que se debatiam ali seriam atentamente examinados.

Importância assumida pelo parlamento

Em suma, a garantia da eqüidade e da bondade das deliberações do parlamento era intrinseca, derivada da própria natureza do órgão e do seu modo de funcionamento. Não havia necessidade de garantias vindas de fora ou de limitações impostas aos seus podêres pelo temor de qualquer abuso. Compreende-se como em tal situação se buscasse atribuir ao parlamento maiores podêres e subtraí-los o mais possível ao chefe do estado. Sem se considerar se a atividade era legislativa ou executiva, buscava-se por tôda parte que a garantia maior para um ato qualquer fôsse a de atribuí-lo à competência do parlamento. E quando à sua competência não se atribuíssem certos atos, em virtude de razões técnicas ou outras, ao menos se queria que sôbre êles o parlamento exercesse fiscalização. Nasceu assim e floresceu o sistema do parlamentarismo porque repousava sôbre o parlamento e afirmava a sua superioridade sôbre qualquer outro órgão estadual. O princípio da supremacia da lei pouco a pouco foi substituído por outro muito diverso — o da supremacia do parlamento.

O que competia ao parlamento

Ao assumir tal posição, estava o parlamento em condições favoráveis às suas próprias funções. Dado o sistema de estado moderno em que, como dissemos, a lei geral regula preventivamente tôda a atividade do estado, o parlamento, ao qual competia fazer as leis, era árbitro da política do estado. Onde se acrescentou que por velha tradição competia ao parlamento votar anualmente os orçamentos, de tal maneira que o govêrno nada pudesse inovar a não ser com o consentimento do parlamento e, de igual modo, só pudesse gastar quanto lhe houvesse autorizado o parlamento, assim mesmo apenas para as finalidades especificas, previstas e aprovadas, desde logo se compreendeu como o govêrno precisava do parlamento para cada passo que devesse dar e como precisava da sua aprovação. Exceção feita da política exterior, em todos os outros campos como o da política social, econômica, religiosa etc., nada de nôvo havia de ser empreendido sem que antes se houvesse pronunciado o parlamento. Não podia o govêrno impor novas obrigações aos cidadãos, não podia criar novos órgãos, não podia fazer novas despesas ou destinar a outras finalidades os fundos concedidos e, mais genèricamente, para qualquer lado a que se dirigisse encontrava o estôrvo da espessíssima rêde de leis existentes. Para qualquer coisa que pretendesse fazer, a não ser a administração ordinária, era preciso ato do parlamento.

Recuo, na prática, da divisão

Logo se viu que neste estado de coisas seria necessário mais estreito contacto e mais preciso acôrdo entre os órgãos legislativo e executivo. Em contraste com a doutrina da divisão do poder, que os queria independentes e cada qual ativo por conta própria e na própria esfera, não se podia senão reconhecer que era ao contrário necessária a mais estreita cooperação e a mais estreita colaboração. Redundou isto tudo, com o correr dos tempos, sempre em maior vantagem para o parlamento.

Funcionamento do sistema

A respeito do govêrno exigia não apenas a fiscalização derivada do poder de editar leis e de votar o orçamento, mas ainda outro mais minucioso e contínuo. Admitia-se que o govêrno havia de discutir a própria política diante das câmaras e responder e dar esclarecimentos de quanto lhe fôsse pedido, bem como que as câmaras por sua vez pudessem, mediante o voto, pronunciar a sua aprovação ou desaprovação, seja da obra do govêrno em geral, seja de determinado aspecto ou questão particular. Confluiu o sistema, como era lógico, para o princípio segundo o qual os ministros haviam de gozar da confiança das câmaras e

que, tão-logo fôssem nomeados pelo chefe de estado, haviam de solicitar o voto delas; e deviam exonerar-se dos seus cargos, tão-logo obtivessem voto de desconfiança das mesmas.

Repercussões no seio do poder executivo

O sistema não alterou apenas em favor do parlamento a relação originária entre legislativo e executivo. Ocasionou, ainda, profunda transformação no seio do poder executivo em relação ao órgão que o exercia. Originàriamente o poder executivo pertencia ao chefe de estado; os ministros eram-lhe simples coadjutores e assim permaneceram ainda quando se tornou necessária a sua colaboração, por ser exigido que fôssem referendados os atos do chefe de estado para que os ministros lhe assumissem a responsabilidade. Mas agora os ministros deviam discutir diante do parlamento, justificar a sua política, modificá-la eventualmente de acôrdo com as tendências do parlamento e demitir-se se mais grave se tornasse a dissenção com o parlamento.

Os ministros não podiam continuar mais como meros executores da vontade do chefe do estado, não podiam limitar-se a conformar a sua ação com a vontade dêle, que os podia nomear e exonerar. Seria absurdo que o parlamento houvesse discordado de um govêrno ou o derrubado e dado o seu voto de confiança a outro e em seguida êste último, como o precedente, não pudesse fazer outra coisa que se ater às diretrizes do chefe de estado. Era inevitável que o poder executivo passasse das mãos do chefe de estado para as dos ministros. Uma vez afirmado que o poder executivo devia desenvolver-se sob a fiscalização e de acôrdo com as diretrizes do parlamento, o chefe de estado devia renunciar a exercer o poder segundo o próprio critério pessoal e consentir que, de fato, fôsse exercido pelos ministros, que estavam em contacto com o parlamento e ali representavam as suas tendências e estavam em condições de lhes interpretar a vontade. Os ministros não haviam de condescender mais com as decisões dos chefes de estado, mas o chefe de estado é que passou a conformar-se com tudo quanto decidissem os ministros de acôrdo com o parlamento.

Chefe de govêrno distinto do chefe de estado

A transformação provocou outras de menor relevância e de caráter técnico; tornou necessária maior homogeneidade do ministério, deu relêvo nôvo à figura de presidente do conselho de ministros ou chefe do govêrno como passou a ser denominado. É êle simbolo da unidade do govêrno e da sua tendência política fundamental. Tudo isto não podia ter sucedido quando o poder executivo estava nas mãos do chefe de estado, porque não havia então diretrizes políticas do govêrno, mas sim a orientação política do chefe de estado. Conquistaram juntos maior importância tanto o govêrno composto dos ministros quanto o seu chefe, o chefe do govêrno, que se tornou figura inteiramente autônoma em face do chefe de estado.

Todavia, sem nos afastarmos do ponto que ora nos interessa, não se podia dizer mais, ao término desta evolução que o chefe de estado fôsse chefe do poder executivo. Dizia-se até que o chefe de estado era o titular do poder executivo e que os ministros o exerciam.

Deixando de lado, porém, as fórmulas e as ficções, desde o momento em que o chefe de estado se limitou a firmar os decretos que lhe apresentavam os ministros, desde quando se admitiu que o chefe de estado tinha o dever de firmar o ato do ministro de acôrdo com as câmaras, firmou-se também que a recusa da assinatura do chefe de estado só poderia constituir ato excepcional e gravíssimo, do mesmo modo que a recusa da sanção à lei votada pelo parlamento. Vê-se por aí, imediatamente, que o poder executivo passou para outras mãos. Sem dúvida havia participação do chefe de estado nos outros podêres e, portanto, também no poder executivo. Todavia a sua participação neste último não teve relêvo peculiar.

Rompido o princípio da divisão

Com isto foi rompido definitivamente o princípio da divisão do poder. A atividade executiva passou a ser exercida por um órgão, o govêrno, estreitamente ligado ao parlamento e com êste constituindo um todo. No vértice do estado existia um órgão, o

seu chefe, que não era membro nem do legislativo, nem do executivo, nem do jurisdicional, mas participava de modo vago de todos os podêres e, em antítese com a divisão entre as funções estaduais, parecia a expressão do estado em sua unidade. O instituto do chefe de estado atravessou em tal período uma crise e aguardou muito tempo para encontrar o seu conteúdo. Privado da sua originária função executiva, tornou-se de certa forma inútil e foi chamado "a terceira roda do carro" nos estados monárquicos como a Inglaterra. Nos estados republicanos como a França exonerou-se até um presidente, alegando não lhe competir outro poder efetivo a não ser o de presidir às grandes cerimônias nacionais.

Não durou muito tempo tal situação. Foi ultrapassado o período áureo do parlamentarismo e é muito menor a importância do órgão legislativo, hoje, do que o foi em outro tempo.

A superação do parlamentarismo pelo govêrno de partido

A escolha dos eleitores então recaía, mais do que nos programas abstratos, em indivíduos; votavam em quem tinham confiança, em quem reconheciam honestidade e capacidade para o trato dos negócios públicos. Realmente o parlamento era composto de tantos membros quantos os que o formavam; cada qual trazia a contribuição da sua experiência e da sua competência; desenvolviam as discussões sem demasiados preconceitos; tinham por escopo salientar realmente os vários aspectos dos problemas; faziam-se discursos para convencer e ao término das discussões cada qual votava de acôrdo com a convicção pessoal, baseado nos dados e nos argumentos surgidos na discussão.

Mudou radicalmente a situação desde quando se reforçaram os partidos políticos e desde quando os eleitores se preocuparam muito menos com as qualidades pessoais dos candidatos do que com os ideais políticos que professavam. Hoje, nos estados de regime parlamentar, os eleitores votam não em homens mas em programas, às vêzes programas adotados por partidos ou então encarnados por um homem que conquistou singular autoridade; querem os eleitores que os seus representantes resolvam não de acôrdo com o seu critério pessoal, mas com fidelidade e conformidade ao prometido e ao homem que o encarna. Em certo modo se acentuou o caráter democrático, porquanto se tornou mais precisa a vontade do eleitor; não manda simplesmente o eleito ao parlamento para que raciocine com a sua cabeça, mas envia-o em primeiro lugar com o encargo determinado de sustentar dada corrente política.

Correlativamente se tornou mais rígida a disciplina dos partidos e os membros das câmaras afluem compactamente, quando assim lhes determina o partido ou então se abstêm consoante ainda a diretriz partidária. Enfim, votam neste ou naquele sentido segundo as ordens do partido. Perdem muito do seu significado antigo as discussões das câmaras, pois cada um vota de acôrdo com o que havia anteriormente decidido o partido. Os debates bem pouco influem nas decisões, principalmente êles se destinam ao povo e buscam defender ou atacar um ou outro partido para fazê-lo conservar ou perder votos nas eleições seguintes. Aconteceu isto por tôda parte, tanto na Inglaterra, que continua a adotar o velho sistema uninominal, quanto em outros estados, em que êle foi substituído pelo sistema plurinominal.

Tudo indica que foi ultrapassado o parlamentarismo. Quando um partido está em maioria e tem possibilidade de colocar os seus homens no govêrno, necessàriamente coloca os maiores expoentes. Os homens do govêrno são também os de maior influência no seio do partido. Ora, tendo em mãos o partido, também têm os membros das câmaras a êle pertencentes. Acontece que os representantes do seu partido votam disciplinadamente as leis propostas pelo govêrno; opõem-se, não menos disciplinadamente, às iniciativas dos partidos adversários e dão de modo compacto o voto de confiança, quando requerido. Se o partido do govêrno dispõe da maioria nas câmaras, as crises serão exclusivamente crises de partido e, da mesma forma, será de partido se o govêrno é de coligação de partidos, pois não se trata de vontade de cada representante. As antigas funções parlamentares de dirigir a política nacional deram lugar à autoridade do govêrno. O centro de gravidade do estado, que originàriamente residia no chefe de estado, passou depois ao parlamento e terminou por repousar no govêrno. E quando o govêrno não tem maioria se-

gura no parlamento ou seja, quando não tem o domínio do parlamento, lamenta-se com plena razão que o estado não pode funcionar.

Função moderna do parlamento

Na fase hodierna, o órgão ativo é o govêrno. Entretanto, o parlamento tem sempre a função importantíssima de exercer sôbre o govêrno contínua fiscalização, por meio dos partidos da oposição, submetê-los a crítica severa, levar ao conhecimento da opinião pública, pela publicidade e ressonância dos debates, as acusações que dirige ao govêrno. Em geral, preparar a opinião pública para as sucessivas eleições.

Para fiscalizar o parlamento busca-se em muitos estados o instituto do chefe de estado, que parece ter encontrado de nôvo, depois de tôdas estas revoluções constitucionais, uma função específica.

Retôrno à autoridade do chefe de estado

O estado moderno partiu da desconfiança para com o chefe de estado pelo temor de que êle quisesse retornar ao sistema absoluto de outrora. Os órgãos democráticos pareceram de início o meio mais sólido para evitar tal perigo e garantir a liberdade do cidadão contra a restauração de sistemas arbitrários e tirânicos. Todavia a prática sucessiva demonstrou que podia haver também tirania democrática e que os cidadãos, em certos casos, tinham que temer muito mais a maioria prepotente que se assenhoreia do poder do que os antigos soberanos absolutos. Reconheceu-se que era preciso tomar oportunas cautelas para salvaguardar a liberdade e os interêsses dos cidadãos e das minorias, também em face dos governos democráticos.

E esta defesa se busca de modo prevalecente no chefe de estado, o qual não representa hoje mais o órgão de que se enchiam de temor, mas bem ao contrário o órgão ao qual se confia a tutela dos direitos individuais. Por sua posição elevada, colocado acima das distinções de partidos, o chefe de estado estaria

em condições de freiar a maioria com poder nas câmaras e no govêrno e de chamá-la ao respeito dos direitos das minorias, dos direitos dos indivíduos e em geral das mais universais e perenes exigências do estado.

Diferença entre parlamentarismo e presidencialismo

Para finalizar a exposição do assunto definamos com precisão o parlamentarismo e o presidencialismo e lhes acentuemos os pontos de diferenciação:

Parlamentarismo é o regime em que a responsabilidade política do executivo se efetua perante o parlamento, em voto de confiança e a responsabilidade política do legislativo, perante as urnas, pela dissolução a qualquer tempo da câmara e apêlo às eleições gerais.

Neste regime político preservam-se os direitos e liberdades individuais contra abusos de autoridade pela consciência jurídica do povo, que o parlamento representa.

Presidencialismo é o regime em que a responsabilidade política tanto do executivo quanto do legislativo se efetua diretamente perante o povo: a do executivo em eleições periódicas, extraparlamentares e a do legislativo em eleições a curto prazo.

Neste regime preservam-se os direitos e liberdades individuais contra abusos de autoridade pela limitação dos podêres públicos, em constituição rígida sob a custódia do poder judiciário.

CAPÍTULO 29

AS DECLARAÇÕES DOS DIREITOS DO HOMEM E O SEU SIGNIFICADO

Situa-se êste assunto no estudo das eventuais limitações, em razão da matéria, da competência da ordenação jurídica do estado. Dizia-se outrora que a ordenação estadual deve respeitar certos direitos fundamentais do homem. Recebeu tal doutrina sanção positiva nas declarações de direito de Filadélfia (1774) e na constituição dos novos estados em que se transformaram as antigas colônias inglêsas, principalmente a da Virgínia (1776); a da revolução francesa (1789) e as francesas que se lhe seguiram até 1795.

Diferem da enumeração de direitos insertas nas constituições modernas. São externas e, pois, o seu valor é diverso do valor das normas constitucionais. Estabelecem limite absoluto à ordenação do estado, que se lhes não pode opor nem esquecê-las.

A circunstância de não serem sancionadas pelas normas do estado significa que não acompanham a sorte e a mutabilidade com que se apresentam as normas estaduais. Importa apreender a essência de tais declarações e o problema que suscitam, especialmente no tocante aos direitos de liberdade: liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de imprensa, de reunião, de associação e outras menores.

É claro que a liberdade do homem pode encontrar no direito condições favoráveis e desfavoráveis, nunca porém ser realizada diretamente pelo direito. Pelo contrário, *tôda disposição de direito em qualquer matéria é sempre violação de liberdade.* Disto se precataram os escritores inglêses, mais zelosos da sua liberdade e mais sensíveis ao problema da liberdade. Ali o povo olhou sempre com suma desconfiança a disciplina da liberdade por parte dos estados continentais. A liberdade em abstrato, sem fundamento no passado ou em direitos estabelecidos, é o instrumento mais potente de despotismo que jamais se forjara porque diante do nivelamento geral dos direitos não resta nenhum argumento a não ser o da fôrça. A liberdade é fundada no serviço: como outrora alguém era eleitor na Inglaterra porque prestava serviço no júri, assim hoje um homem tem poder porque é ministro. Na Inglaterra tiveram origem as liberdades no serviço e no dever e não nos direitos do homem. A liberdade jurídica é relativa e limitada.

No direito jamais há liberdade, mas liberdade de alguns em prejuízo da liberdade de outros. O próprio princípio da liberdade religiosa é proteção da liberdade religiosa dos que de outro modo seriam esmagados pela intolerância de outros; mas é violação da liberdade religiosa de quantos entendem por sua fé não poder tolerar a presença de outros, ou a convivência na mesma comunidade estadual com outros que professam fé diferente. Êstes últimos são coarctados na sua fé religiosa, constrangidos a suportá-los e a tolerá-los. *O princípio de liberdade religiosa não é princípio de imparcialidade diante da fé religiosa, mas princípio político adotado para assegurar a ordem social.* Como qualquer princípio dêste gênero impõe a outros o sacrifício de certas concepções ou interêsses individuais e toma posição a favor daqueles cuja fé proclama e exige a prática da tolerância contra a fé dos outros, que proclama e pratica a intolerância.

Nem se assevere que o direito tutela apenas o princípio abstrato de liberdade e o respeito à recíproca tolerância, porquanto o princípio da tolerância, apenas tocado pelo direito, passa a ser automàticamente intolerância.

Todo sistema jurídico que em nome da liberdade, do dever do recíproco respeito da liberdade de cada qual toma medidas punitivas em relação aos que contradizem tal princípio, vedando movimentos que proclamam abertamente princípios opostos, mostra-se não tolerante mas intolerante quanto à fé dos que lhe são contrários. Nenhum amante da liberdade jamais invocará a coação a serviço da liberdade.

Tal entretanto nada tem que ver com a política e o direito, os quais devem realizar fins concretos, devem fazer funcionar uma sociedade e salvaguardar interêsses vários.

Trata-se de questões de oportunidade política, tomadas apenas em têrmos políticos e levando em conta a enorme influência de fato que o direito pode exercer mediatamente sôbre a liberdade humana. Trata-se de ações adequadas aos fins propostos, de ação política que nada tem que ver com a liberdade e com o seu significado moral.

O único modo do direito ser respeitoso da liberdade é dela se não ocupar nas suas normas.

São declarações e não leis, princípios e não normas. Não pretendiam fazer parte do direito e o seu próprio valor consistia em não fazer parte do direito. Constituíam aviso ao legislador de que a sua competência estacava em certo ponto e que em certo âmbito só tinham título para enunciar princípios de outro gênero, religiosos ou morais e não normas jurídicas. Há um campo precluso à atividade do estado e à competência da ordenação jurídica do estado.

Todavia, diante do que já expusemos, não há limitação essencial da ordenação jurídica do estado, que pode invadir esta esfera de liberdade e são muitos os exemplos de assim haver feito, sem deixar de ser estado. Ultrapasse ou não tais limites, não importa ao estado, pois tais declarações de direitos são expressão de outras exigências diferentes da jurídica.

A doutrina do direito natural, para nos referirmos sòmente a ela, criadora de direitos fora e contra o estado, invocando princípios que não são os contidos na ordenação estadual, é perfeitamente verdadeira e justificada na sua premissa. A vida do homem, a verdadeira, a vida moral e a liberdade que lhe é essencial, desenvolvem-se fora de todo coletivismo e de tôda ordenação política, no campo que elas indiretamente podem favorecer, mas fundamentalmente deixam livre.

Declaração universal dos direitos do homem

Importa conhecer, em sua letra e seu espírito, a "Declaração universal dos direitos do homem", adotada e promulgada pela assembléia geral das Nações Unidas, ainda em Paris, aos 10 de dezembro de 1948, cujo texto é o seguinte:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprêzo dos direitos do homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da humanidade e que o advendo de um mundo onde os sêres humanos tenham a liberdade de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem;

Considerando que é essencial que os direitos do homem sejam protegidos por um regime de direito para que não seja constrangido, em último recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amigáveis entre os povos;

Considerando que na Carta os povos das Nações Unidas proclamaram de nôvo a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres e que se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida numa maior liberdade;

Considerando que a concepção comum dêstes direitos e liberdades é da mais alta importância para que seja plenamente cumprido tal compromisso:

A assembléia geral

Proclama a presente Declaração universal dos direitos do homem como o ideal comum a atingir por todos os povos e tôdas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo sempre em espírito esta Declaração, se esforcem pelo ensino e educação, por desenvolver o respeito dêstes direitos e liberdades e de se assegurarem por medidas progressivas de ordenação jurídica nacional e internacional o reconhecimento e

a aplicação universais e efetivas, tanto entre as populações dos próprios estados-membros, quanto entre as dos territórios sob a sua jurisdição.

Artigo 1.º

Todos os sêres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem proceder uns em relação aos outros dentro de espírito fraternal.

Artigo 2.º

Cada qual pode usufruir de todos os direitos e de tôdas as liberdades proclamadas na presente Declaração, sem distinção alguma, tanto de raça, quanto de côr, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.

Além disto, nenhuma distinção será praticada na base do estatuto político, jurídico ou internacional do estado ou território a que a pessoa pertence, quer êsse estado ou território seja independente, sob tutela, não autônomo ou submetido a qualquer limitação de soberania.

Artigo 3.º

Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

Artigo 4.º

Ninguém será mantido em escravatura ou servidão; a escravatura e o tráfico de escravos são proibidos sob tôdas as suas formas.

Artigo 5.º

Ninguém será submetido à tortura, nem a penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Artigo 6.º

Cada qual tem direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica.

Artigo 7.º

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem distinção à igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra tôda discriminação que viole a presente Declaração e contra tôda provocação a tal discriminação.

Artigo 8.º

Toda pessoa tem direito a recurso efetivo perante as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violam os direitos fundamentais que lhes são reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 9.º

Ninguém pode ser arbitràriamente prêso, detido ou exilado.

Artigo 10.º

Tôda pessoa tem direito, com plena igualdade, a que sua causa seja julgada eqüitativa e pùblicamente por tribunal independente e imparcial, que decidirá quer dos seus direitos e obrigações, quer do fundamento de tôda acusação que em matéria penal lhe seja dirigida.

Artigo 11

1º. Tôda pessoa acusada de fato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade seja legalmente estabelecida em processo público em que tôdas as garantias necessárias à sua defesa lhe sejam concedidas.

2º. Ninguém será condenado por ação ou omissão, que no momento em que tenha sido cometida, não constituísse ato delituoso segundo o direito nacional ou internacional. Tampouco será inflingida pena mais grave do que aquela que era aplicável no momento em que o fato delituoso foi cometido.

Artigo 12

Ninguém poderá ser objeto de intervenções arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados à sua honra e à sua reputação. Tôda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais atentados.

Artigo 13

1º. Tôda pessoa tem direito de circular livremente e escolher a sua residência no interior de um estado.

2º. Tôda pessoa tem o direito de abandonar todo e qualquer estado, inclusive o seu, e de voltar a seu estado.

Artigo 14

1º. Em virtude de perseguição, tôda pessoa tem direito de procurar asilo e de beneficiar-se de asilo noutros estados.

2º. Êste direito não pode ser invocado nos casos de perseguições realmente fundadas em crime de direito comum ou em fatos contrários aos princípios e aos fins das Nações Unidas.

Artigo 15

1º. Todos os indivíduos têm direito a uma cidadania.

2º. Ninguém pode ser arbitràriamente privado da sua cidadania nem do direito de mudar de cidadania.

Artigo 16

1º. A partir da idade núbil, o homem e a mulher, sem qualquer restrição quanto à raça, cidadania ou religião têm o direito de casar e de constituir família. Têm direitos iguais antes do casamento, durante êle e depois da sua dissolução.

2º. O casamento não pode ser realizado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.

3º. A família é elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do estado.

Artigo 17

1º. Tôda pessoa, quer sòzinha, quer em coletividade, tem direito à propriedade.

2º. Ninguém pode ser arbitràriamente privado da sua propriedade.

Artigo 18

Tôda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; tal direito implica a liberdade de mudar de religião ou convicção, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, só ou coletivamente, tanto pública quanto particularmente, pelo ensino, por práticas, pelo culto e pela realização de ritos.

Artigo 19

Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteira, as informações e as idéias por qualquer meio de expressão.

Artigo 20

1º. Tôda pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas.

2º. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de associação.

Artigo 21

1º. Tôda pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos assuntos públicos do seu estado, seja diretamente, seja por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2º. Tôda pessoa tem direito de ter acesso em condições de igualdade às funções públicas do seu estado.

3º. A vontade do povo é a origem da autoridade dos podêres públicos; esta vontade deve ser expressa por decisões honestas realizadas periòdicamente, por sufrágio universal igual e voto secreto ou seguindo processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo 22

Tôda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; ela é justificada para obter a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade, graças ao esfôrço nacional e à cooperação internacional, tendo em conta a organização e os recursos de cada estado.

Artigo 23

1º. Tôda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do seu trabalho, a condições eqüitativas e satisfatórias do trabalho e à proteção no desemprêgo.

2º. Todos têm direito, sem distinção alguma, a um salário igual por um trabalho igual.

3º. Todo aquêle que trabalha tem direito à remuneração eqüitativa, satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência conforme à dignidade humana e completada, se fôr necessário, por todos os outros meios de proteção social.

4º. Tôda pessoa tem direito de com outros fundar sindicatos para a defesa de seus interêsses.

Artigo 24

Tôda pessoa tem direito ao repouso a às distrações e principalmente à limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas.

Artigo 25

1º. Tôda pessoa tem direito ao nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário e à habitação, à assistência médica, assim como aos necessários serviços sociais; tem ainda direito à segurança nos casos de desemprêgo, de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice, ou nos outros casos de perda dos seus meios de subsistência, por circunstâncias alheias à sua vontade.

2º. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e assistência especiais. Tôdas as crianças, quer sejam nascidas no casamento ou fora do casamento, gozam de proteção social.

Artigo 26

1º. Tôda pessoa tem direito à educação.

A educação há de ser gratuita pelo menos no respeitante ao ensino elementar e fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve ser aberto em plena igualdade a todos, em função do seu mérito.

2º. A educação há de visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todos os estados e todos os grupos raciais ou religiosos bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3.º Os pais têm, por prioridade, o direito de escolher o gênero de educação a ministrar aos seus filhos.

Artigo 27

1º. Tôda pessoa tem o direito de tomar livremente parte na vida cultural da comunidade, de gozar as artes e de participar do progresso científico e dos benefícios que daí resultem.

2º. Cada qual tem direito à proteção dos interêsses morais e materiais provenientes de tôda produção científica, literária ou artística de que seja o autor.

Artigo 28

Tôda pessoa tem direito a que haja, no plano social e no plano internacional tal ordem que os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração possam produzir aí pleno efeito.

Artigo 29

1º. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, sòmente na qual é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.

2º. No exercício dos seus direitos e no gôzo das suas liberdades, cada qual é submetido às limitações estabelecidas em lei, exclusivamente tendo em vista assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades de outrem a fim de satisfazer justas exigências da moral, ordenação jurídica e do bem-estar geral dentro da sociedade democrática.

3.º Tais direitos e liberdades não podem exercer-se em caso algum contràriamente aos objetivos e aos princípios das Nações Unidas.

Artigo 30

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada por qualquer estado, agrupamento ou indivíduo como direito de exercer atividade ou de praticar fato visando à destruição dos direitos e liberdades nela enunciados.

* * *

Completam a *Declaração universal dos direitos do homem* das Nações Unidas, outros três documentos essenciais, elaborados pelo mesmo notàvel fórum mundial.

São o *Pacto internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais,* o *Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos,* e o *Protocolo adicional facultativo referente ao Pacto relativo aos direitos civis e políticos.*

PARTE SEGUNDA

PROBLEMAS POLÍTICOS E JURÍDICOS DO ESTADO NA ÉPOCA CONTEMPORÂNEA

CAPÍTULO 30

MUNICÍPIO. SUA ORIGEM NATURAL

Origem natural do município

1. É a tribo a primeira sociedade política. Em irlandês e escocês se diz clã, em turco horda, questão apenas de linguagem, pois é sempre a *tribo*.

A sua principal característica são os laços de *parentela*. Coexistem as famílias, mas o poder é exercido pelo chefe de cada família, em seu âmbito. Em momento extraordinário é que o conselho dos chefes de família ou o dos anciãos nomeia o chefe da tribo, transitório, momentâneo, "ad hoc", com finalidade específica. Por exemplo, para a guerra ou numa calamidade, ou para a migração, se são nômades.

2. Nas regiões em que o homem já não vive mais nas tribos, mostra a história que naturalmente, por tôda parte do mundo e desde a mais remota antigüidade, as famílias vão habitando o solo umas ao lado de outras, mais próximas aqui, mais afastadas ali. Tornam-se *vizinhas*.

O modo como se estabelece a vizinhança é a história própria de cada aglomerado, com tal riqueza de variedade que realmente só possibilita apreender-se o traço comum, a assinalada *vizinhança*.

A vida assim comum exige a satisfação de serviços que interessam a todos os vizinhos. Cada família isoladamente não pode satisfazer às necessidades surgidas com o nôvo fenômeno, o fato da *vizinhança*.

A obtenção dêstes serviços comuns postula, pois, nova sociedade: o município.

Interêsses iguais, necessidades gerais idênticas, portanto, é que originam em todo o mundo as organizações municipais, tanto

no passado quanto no presente, o município surge naturalmente, com o fenômeno da *vizinhança.*

Como exemplo elucidativo de que o município não é obra de arte, criação do engenho humano, mas da natureza, patente nessa localização de umas famílias ao lado de outras, vamos estudar a origem do município no Brasil.

3. É bem diferente da origem do município medieval na Europa, cujo marco inicial Henri Pirenne, em sua célebre teoria, coloca não pròpriamente no mercado nem nas feiras, aliás periódicas, mas no renascimento comercial. É a praça do comércio que surge no subúrbio comercial. O renascimento econômico é obra dos mercadores e explica a renovação da vida municipal naqueles tempos.

Para se apreender bem o essencial de determinado instituto jurídico é muito elucidativo conhecê-lo na sua fase inicial, quando se apresenta ainda simples, em suas linhas realmente fundamentais.

É isto que aconselha investigar-se como e quando rompeu o município no Brasil.

Nem romano nem português

4. Ao investigar a origem do município no Brasil não precisamos ir tão longe como comumente costumam fazer os que se ocupam do assunto. Enveredam pelo estudo do município romano. Ora, o nosso município, do romano só tem o nome, nada mais.

Outros principiam pela origem municipal em Portugal e havemos de ver que, no ocidente da península ibérica, o município é de origem local. Roma fundou aqui e ali municípios; a maioria das autarquias locais em Portugal, entretanto, teve origem natural e formação independente do município romano, até no nome, pois se chamaram e ainda se chamam "concelhos". Lamentàvelmente o concelho português morreu. Do antigo só lhe resta o nome. Veremos mais tarde os motivos desta morte, já no século catorze, ao findar a primeira dinastia.

Origem do município no Brasil

5. Também no Brasil se formou naturalmente o município. Mediante as sesmarias, os portuguêses colonizaram o Brasil, fixando-se na terra. Abriram fazendas, construíram os engenhos de açúcar, dedicaram-se à pecuária, explorando assim a terra inculta, que recebiam por doação, a princípio do donatário da capitania ou seus locotenentes, ao depois diretamente del-rei.

Foram se multiplicando as plantações, os retiros, os currais com a multiplicação dos agricultores e criadores.

Desenvolviam-se e prosperavam tais unidades agrícolas e pecuárias. Quase que se bastavam, a tal ponto de os vizinhos viverem uns ao lado dos outros sem precisão de maiores relações, separados por muitas léguas, até que um dia o aumento de vizinhos e a prosperidade de cada um fêz que entrassem em relações. Surgiram elas em tôrno da capela que, por sua vez, teve como ponto de partida o modesto templo, muitas vêzes erguido pela piedade de um dos vizinhos, espontâneamente ou em virtude de ex-voto feito para obtenção de alguma graça. É certo que o colonizador era profundamente religioso e com a sua família, com os agregados e os próprios escravos, diàriamente faziam orações em comum, à tarde, pela hora das ave-marias, na sua casa.

Houve um dia em que o colonizador quis testemunhar a sua fé e erigiu a ermida. Fêz doação do terreno, constituiu-lhe patrimônio e aquela gleba de terra em que se erguia a capela e terrenos adjacentes passaram para uma pessoa jurídica. Aliás, a expressão "capela" originàriamente não significa templo, mas certo instituto jurídico-canônico.

Os terrenos, a seguir, eram aforados para produzirem renda com que se atendessem às despesas do culto.

Com a edificação da capela já os vizinhos se utilizavam dela para o culto externo e recepção dos sacramentos, quando conseguiam a vinda do sacerdote, o que ocorria de tempos em tempos, às vêzes cada dois anos e mais. Em tais ocasiões, batizavam-se os pagãos; casavam os noivos e recebiam a bênção nupcial aquêles que, mesmo sem sacerdote, já haviam convolado a núpcias; realizavam-se sufrágios pelas almas dos mortos.

Cada ato era religioso, mas ao mesmo tempo produzia efeitos civis e deviam ser registrados os nascimentos, casamentos e óbitos pelo sacerdote nos livros respectivos. Era exigência imposta a partir do concílio de Trento (1563), raramente obedecida, pois havia carência até de papel para os registros paroquiais. Demais, a paróquia ficava muito distante e só ao cabo de anos é que o sacerdote chegava até a matriz.

Progredia o movimento religioso, juntamente com a prosperidade geral e exigia-se maior freqüência na vinda do sacerdote. Já então a capela passava a capela curada ou curato e de curato a freguesia ou paróquia, erigindo-se a igrejinha em matriz. O simples cura já agora é o pároco, o que "habita junto" dos fiéis. Concomitantemente se vão complicando os problemas da vida civil pelas exigências e necessidades da vida em comum, cuja satisfação há de ser buscada pelos vizinhos. O aumento das relações entre êles, a prosperidade da vida rural, certas necessidades gerais fizeram que os vizinhos se unissem para a realização de serviços coletivos, como a defesa, os caminhos, pontes e outras passagens de rios e serras, melhoramentos rurais, policiamento, justiça e o próprio culto religioso.

Eis a origem do município no Brasil. É êle sociedade natural. Não foi criação do estado, menos ainda circunscrição por êle instituída. Brotou, com a maior naturalidade, da vida social e da povoação da terra. Associaram-se os vizinhos em certo momento em tôrno da capela. A capela é a origem do município e o seu desenvolvimento — capela, curato, freguesia ou paróquia — dá-nos precisamente o desenvolvimento da vida associativa que redundou no município brasileiro. Tal a lição histórica nos séculos de quinhentos e seiscentos.

O direito municipal no século primeiro

6. Perguntar-se-á: "Mas, e as leis? E o direito?" Reger-se-ia o Brasil, no primeiro século, pelas Ordenações manuelinas (1514 e 1521), pois as Ordenações afonsinas (1446) apenas lhe presidiram ao nascimento, tendo sido substituídas por aquelas outras. As filipinas datam de 1603.

Na realidade, porém, os colonizadores eram levados pelas necessidades correntes e agiam de acôrdo com as circunstâncias. Sociedade entregue a si mesma, livremente se desenvolvia e se organizava. Todavia guardavam reminiscências da vida dos concelhos em Portugal. A fim de dar solução às "coisas do govêrno da terra", guiavam-se pelo bom-senso e por aquelas reminiscências, não pelas leis.

7. Por exemplo, o município de São Paulo, algumas dezenas de anos depois de fundado, não possuía ainda nenhum exemplar das Ordenações do reino. Imperava o direito costumeiro e eram elas desconhecidas. Desenvolvia-se o costume fora de tôda fiscalização do estado. A fonte do direito era o costume. A seguir, o direito que os próprios colonizadores editavam na câmara municipal. As duas fontes persistiram concomitantes por largas dezenas de anos.

A 13 de junho de 1587, o almotacel requer "aos oficiais do govêrno que lhe dessem o livro das Ordenações para reger-se e saber o que devia fazer", sendo-lhe respondido que "esta vila não tinha livro de ordenação nem com que o comprar e que se houvera que lho deram e que podendo ser havido emprestado ou de outra maneira lho dariam."

Mais para o fim daquele ano, é o escrivão que pede aos mesmos oficiais da câmara as Ordenações "para lhes ler os seus regimentos como sua majestade manda, ao que responderam que na terra não havia livreiros nem quem nos vendesse, mas que êles fariam o impossível pelo haver mais prestes que pudessem" ("Atas da Câmara Municipal de São Paulo", a de 3 de outubro de 1587).

Ponderem-se bem tais palavras. O escrivão é que lhes havia de ler as Ordenações, pois os juízes ordinários (homens do povo) e os vereadores, geralmente eram analfabetos, mal garatujavam o nome. Além disto, entendiam que os negócios públicos caminhavam bem, sem necessidade de conhecerem as Ordenações.

Depois da metade do século seguinte, encontramos nova referência aos livros das Ordenações do reino: "Pelo procurador do concelho e câmara foi dito que suas mercês (os oficiais) mandassem vir a ordenação a esta câmara porquanto andava fora e a traziam maltratada" ("Atas", a de 27 de fevereiro de 1655).

8. São muitas as passagens das atas, em que se diz darem cumprimento ao que "mandava sua majestade em suas reais leis" para logo a seguir exararem a conclusão: "procederam como era *uso e costume*."

No geral os historiadores do direito ficam estupefatos com tais práticas, tachando-as de abusivas, exorbitantes, sem considerar a sua freqüência habitual. Não admitem que sejam manifestações de autonomia, as atitudes assumidas fora ou contra a lei do reino e dizem-nas discricionárias. São realmente *normas consuetudinárias*, direito legítimo dos munícipes.

Sem dúvida nenhuma, havia autonomia política, judiciária e administrativa. A sociedade estava entregue a si mesma, organizava-se e desenvolvia-se livremente. Nenhuma anarquia. Imperava o direito costumeiro, fora da fiscalização do reino e dos seus agentes. O poder municipal era a fonte do direito.

Quase no século dezoito, em 1694, o governador geral Antônio Luis Gonçalves da Câmara Coutinho chegou a afirmar: "A vila de São Paulo já há muitos anos que é república de per si, sem observância de lei nenhuma assi divina como humana" (Afonso d'E. Taunay, "História da cidade de São Paulo", Ed. Melhoramentos, 1954, p. 53).

Não obstante o exagêro da afirmação, a situação se verificava não só em São Paulo, senão nos demais municípios brasileiros; aqui mais, ali menos.

Especialmente os bandeirantes, ao realizarem as suas gestas, tornavam-se transgressores de tratados firmados por Portugal, de leis do reino e de ordens de capitães-generais e governadores.

Aliás, a situação fôra entrevista muito cedo. Já a 7 de fevereiro de 1550, em carta a d. João III, o ouvidor geral Pero Borges, ainda no primeiro ano do govêrno de Tomé de Sousa, escreve: "... esta terra, senhor, para se conservar e hir avante ha mister non se guardarem em algũas cousas has ordenações, que fforam feitas non avendo respeito aos moradores dellas" ("Corpo chronologico", I, 67, 8, na Tôrre do Tombo, *apud* visconde de Pôrto Seguro, "História geral do Brasil", Melhoramentos, 3.ª ed. integral, s. d., t. I, p. 236).

Efetivamente, mesmo quando conhecidas as Ordenações do reino, não tendo como destinatários os habitantes do Brasil, não

poderiam reger lhes as relações sociais, máxime no que respeitava ao direito público. O legislador não conhecia o meio ambiente para poder reger-lhes as relações sociais.

À regente dona Catarina escrevia Mem de Sá, 3.º governador geral do Brasil: "Esta terra não se pode nem deve ser regida pelas leis e estilos do reino".

Graças ao direito costumeiro é que se tornou vastíssima a competência dos municípios brasileiros, incomparàvelmente mais ampla que a dos concelhos portuguêses, pelo que errará redondamente quem quiser fazer a história do município brasileiro valendo-se dos dispositivos das Ordenações do reino.

O direito consuetudinário e o dimanado das câmaras municipais constituem o ponto de partida de tôda a evolução do direito brasileiro. Eis aí o marco inicial da história dos vários ramos do direito pátrio. Não nasceram com o município apenas a sua ordenação jurídica, o poder municipal, o govêrno local, mas também a disciplina da democracia, o direito administrativo brasileiro, o penal, o processual, o trabalhista, o tributário e até o "nosso" direito internacional, sem esquecer várias disposições de direito civil e comercial.

Não é demasiada sequer a referência ao direito, internacional, pois, segundo as atas, as câmaras municipais brasileiras, sem o menor constrangimento, nos dois primeiros séculos legislaram sôbre normas de guerra e de paz entre os munícipes e os índios, os castelhanos, franceses, holandeses e inglêses.

Não é a partir de 1822 (ou ne 1808, como pretendem outros), mas antes ainda de 1532, da fundação oficial de São Vicente, que principia a formar-se o direito pátrio, distinto do reinícola. Êste aspecto em regra tem escapado aos nossos historiadores gerais e do direito.

Só as atas das câmaras municipais de Santo André da Borda do Campo e de São Paulo ocupam cinqüenta e três volumes manuscritos, impressos a partir de 1914 por ordem do prefeito Washington Luís. Faltam os anos de 1553 e 1554 e ainda há outras falhas. A publicação das "Atas" (até 1822), a do "Registro Geral da Câmara de São Paulo", a dos "Inventários e testamentos" e a dos "Documentos históricos" compreende mais

de duzentos volumes impressos em formato grande, sob a orientação do notável historiador Afonso d'E. Taunay.

9. Convém repetir que as referidas fontes escritas não encerram a totalidade do direito genuìnamente brasileiro. Igualmente iam surgindo e se perpetuando usos, costumes e privilégios não escritos. Vivia o direito escrito ao lado do consuetudinário. O direito foraleiro dizia respeito aos donatários e capitães-generais, não obstante o aparecimento esporádico de foral para Santo André da Borda do Campo e para Pôrto Seguro. A propósito, recorde-se que os forais dados aos donatários de capitanias eram válidos para todos os efeitos, mesmo quando em oposição às ordenações do reino.

Nos anos derradeiros do século de seiscentos é que aquelas fontes de direito principiam a minguar, com o volume crescente das cartas de lei e outros diplomas régios referentes aos Brasil e as Ordenações do reino, que aos poucos vão sendo conhecidas.

Já se dera, entretanto, além do que dissemos, a penetração da vida local e do seu direito na edificação e nas transformações da ordenação jurídica de todo o Brasil. Foram os antecedentes do estado brasileiro, que ia surgindo a pouco e pouco.

Competência municipal e atribuições dos oficiais da câmara

10. Ao fazer êstes estudos, o historiador do direito há de tomar o maior cuidado para evitar anacronismos. Na narração de fatos ocorridos em menos de três séculos, algumas dezenas de anos de diferença levam a erros graves.

Bem atento às datas, verá que na vastidão do Brasil variava de município para município a competência das câmaras municipais. E, por sua vez, de acôrdo com a época, diversificava a competência no mesmo município.

De outro lado, diferem no tempo e no espaço tanto a denominação das autoridades locais e a dos empregados da câmara, quanto o respectivo número e as atribuições de cada qual dêles. É que não obedecem às leis do reino, como explicamos.

Aquela uniformidade com que há bem mais de século se regiam os concelhos em Portugal não havia no Brasil nascente.

João Francisco Lisboa, compulsando os documentos relativos apenas a São Luís do Maranhão e Belém do Pará, colige o seguinte elenco de atos de competência local: "taxavam o preço ao jornal dos índios e mais trabalhadores livres, aos artefatos dos ofícios mecânicos, à carne, sal, farinha, aguardentes, ao pano e fio de algodão, aos medicamentos e às próprias manufaturas do reino. Regulavam o curso e o valor da moeda da terra, proviam sôbre a agricultura, navegação e comércio, impunham e recusavam tributos, deliberavam sôbre entradas, descimentos, missões, a paz e a guerra com os índios... Prendiam e punham a ferros funcionários e particulares, faziam alianças políticas entre si, chamavam finalmente à sua sua presença e chegavam até a nomear e suspender governadores e capitães" ("Obras de João Francisco Lisboa, natural do Maranhão", Lisboa, 1901, vol. II, p. 46).

Podemos acrescentar: definiam crimes, estabeleciam a pena de degrêdo e outras, nomeavam emissários para se entenderem com el-rei e demais autoridades de Portugal ou do Brasil. E ainda é incompleta tão longa teoria de competências.

11. Deparam-nos os documentos históricos os amplos podêres políticos, administrativos e jurísdicionais das câmaras municipais, embora maiores em algumas delas, menores em outras, como salientamos.

No tocante à sua composição, principalmente na capitania de São Vicente não se levava em conta a escolha dos componentes do govêrno municipal só entre os "homens bons", uma espécie de "nobreza" terrantês, pois taberneiros, degredados e simples trabalhadores dos ofícios mecânicos foram eleitos e prestaram serviços (Cf. as "Atas" de São Paulo, 11 de janeiro de 1598. Trata-se de um sapateiro sem abandonar o mister).

Nos diferentes municípios há juízes ordinários, vereadores, procurador; há o escrivão, o almotacel. Todos êles em número variável, conforme o tempo e o lugar.

Em São Paulo, ao se resolver a célebre e prolongada luta entre Pires e Camargos, duas famílias numerosas, influentes e rivais, foi estabelecido que nos cargos eletivos da câmara deveriam figurar, em partes iguais, membros daquelas famílias: haveria sempre um juiz e um vereador de cada uma delas e um

vereador e procurador do conselho por parte dos neutros ("Atas", 24 de novembro de 1655). Não era às Ordenações que obedeciam.

Não se conclui daí que houvesse anarquia. Realmente o que havia era autonomia municipal com ordenação jurídica costumeira e o direito escrito, cuja fonte era o legislador municipal.

Evolução inversa do concelho

12. O município português surgira também de modo natural e o direito costumeiro havia sido reconhecido pelos forais. O direito foraleiro era o direito escrito das franquias e liberdades municipais. Em seus concelhos o povo era livre e livremente decidia tudo quanto respeitasse ao bem próprio do município.

Aconteceu porém em Portugal que os legistas principiaram a dilatar os podêres del-rei e, devido à sua grande influência, contribuíram para a posição vantajosa que el-rei passou a ter na luta com os senhores que eram os nobres. Assim encontrava o povo na pessoa del-rei o protetor das suas liberdades em face da usurpação da nobreza, que não queria respeitar a autonomia política e outros direitos dos vizinhos.

A obra dos legistas, entretanto, era pela implantação do direito romano como direito comum e principiaram por pregar o império da lei escrita, a supremacia do direito romano e das suas glosas, passando assim a ser revogado, aos poucos, o direito costumeiro e o próprio direito foraleiro. "Legum servi sumus ut liberi esse possimus" repetiam como fiéis adeptos do direito romano. O certo é que daí nasceu o absolutismo. Ao invés da pluralidade jurídica, a unidade jurídica; o estado passou a ser a única fonte do direito. Até então, plena liberdade; os concelhos elaboravam o seu direito, as corporações de ofícios também elaboravam o seu; o direito canônico era o direito da Igreja. As lutas de hegemonia nem sequer respeitaram a Igreja, pois a soberania lhe não abriu exceção. Direito, só o elaborado pelo estado!

Vemos assim que já em Portugal principiava a definhar e morrer o concelho, ao passo que no Brasil viveram os municípios,

e viver significa viver livre. No primeiro livro das Ordenações do reino já se nota o quanto estava peiado o município português.

Objeções à tese

13. Cuidamos da origem do município no Brasil e não da origem das cidades. O último assunto é menos importante e insere-se naquele.

À regra geral não escaparam sequer a vila de São Vicente e a cidade do Salvador, especial e oficialmente fundadas mas, examine-se bem, o foram em tôrno da capela primitiva. É dos documentos históricos.

Não escaparam também à regra geral os municípios que em sua origem contaram com fortalezas militares, pousos de tropeiros, aglomerações de mineiros ou reduções jesuíticas.

Tais circunstâncias não constituíram a origem do município. Fortalezas houve que desapareceram ou foram substituídas, sem dar nascimento ao município. Verificou-se o mesmo com a mineração e a cultura agrícola dos sertanistas. Enquanto não surgiu a *capela* com a sua dupla assinalada função religiosa e civil, não surgiu o município, embora soldados e oficiais hajam construído e habitado os fortes, mineiros explorassem, por algum tempo, o solo e bandeirantes estabelecessem pousos.

Aliás, o caso dos bandeirantes ainda é o mais típico, pois timbravam êles em ocultar o caminho percorrido para as esmeraldas, o ouro, a caça ao índio. Ao compor o seu notável ensaio de mapa das bandeiras, salienta Afonso d'E. Taunay a dificuldade de dados e as insanáveis numerosas falhas de seu trabalho.

CAPÍTULO 31

MUNICÍPIO. DEFINIÇÃO. FUNDAMENTO DA SUA AUTONOMIA. COMPETÊNCIA E ORGANIZAÇÃO

Definição

14. De quanto expusemos até aqui, já colhemos os elementos necessários à definição: *Município é a associação natural e legal dos vizinhos para obtenção, no respectivo têrmo, dos serviços comuns.*

Em primeiro lugar, vemos que o município tem caráter corporativo; é associação; não é circunscrição, não é pedaço de território. É conjunto orgânico de homens, de famílias ou, precisamente, *dos vizinhos,* ou seja, ainda, daqueles que uns ao lado dos outros habitam o têrmo. Caracteriza também o município ser êle corporação territorial.

Dada a sua origem, é associação natural; reconhecido um dia pelo estado, é associação legal.

Sendo sociedade, o município é regido pelo direito ("ubi societas ibi jus"). Para outros efeitos é que necessita do reconhecimento do estado, não é para a sua existência.

Conseqüências práticas

15. Importa, pois, definir as suas relações com o estado. Três princípios ordenam tais relações, donde o tríplice dever do estado: primeiramente, há de reconhecer que é legítimo o direito de associação, pois corresponde a um instinto, a uma necessidade do homem, é-lhe instrumento de progresso. O seu primeiro dever é reconhecer a existência da associação.

O segundo é que se há de abster de interferir na vida municipal, que exige plena autonomia. Tem o município o seu próprio fim, diferente do fim do estado. Há de haver, pois, a separação dos direitos próprios do município, de um lado, e os direitos próprios do estado, de outro lado, porque se referem uns ao bem público municipal e outros ao bem público estadual.

O fim peculiar exige autoridade peculiar, normas peculiares para atingir-se a finalidade. Os *vizinhos* vivem no município com interêsses permanentes. Êles é que hão de administrá-lo por si e com autoridades suas. A solidariedade local é que gera o espírito local, tão sadio na gerência da coisa pública.

O terceiro princípio dispõe que ao estado incumbe articular os interêsses locais e os interêsses gerais; os interêsses da corporação com os interêsses do estado. Só isto e nada mais. Segue-se daí que o município se auto-organiza. É errada, mesmo em face do direito constitucional vigente no Brasil, a atribuição que se arrogam os estados federados de organizar os municípios, seja por meio de dispositivos na constituição estadual, como no estado do Rio Grande do Sul, seja (pior ainda) pelas chamadas leis orgânicas, que não passam de leis ordinárias, inconstitucionais (Constituição de 1967, art. 15).

Aproveito o momento para rebater como errônea a expressão de que o município é estado em miniatura. E também o anacronismo do vocábulo "comuna" em relação ao município brasileiro.

Outras conseqüências

16. Competindo ao estado apenas articular a vida municipal com a vida estadual, cabe-lhe estabelecer as regras para o reconhecimento da existência do município. Nasce a corporação territorial com a associação dos vizinhos. Nasce naturalmente. Dirá o estado, por dispositivo expresso, quando tal associação passa a ter personalidade jurídica, quando sôbre ela irá cessar a autoridade, que já se tornou incômoda e estranha, da sede do município. Esta é a tarefa do estado.

É da competência do estado não a criação do município mas o reconhecimento da sua existência; a sua divisão, pela decla-

ração da vida de novos municípios que se formaram dentro dêle: a anexação de parte do município a outro município e, finalmente, a fiscalização ordinária ou a excepcional.

A ordinária é realizada hoje, no Brasil, pelo poder judiciário estadual, que há de compelir o município a cumprir as leis gerais e aquelas que livremente votou para a própria organização, para a própria administração. A fiscalização excepcional será realizada pelo legislativo e executivo estaduais, que hão de intervir no município quando êle deixar de saldar os seus débitos por tempo considerável. Dentro da mesma ordem de princípios com que estudamos o assunto no tocante à intervenção federal nos estados, havemos de afirmar também aqui que a regra é a não intervenção dos podêres estaduais no município, o que só poderão fazê-lo por exceção. A exceção há de ser prevista na constituição.

Sòmente pelos motivos referidos e também para lhes regularizar as finanças e a fiel aplicação dos dinheiros é que o estado poderá, excepcionalmente, interferir na vida dos municípios, quebrando-lhes momentâneamente a autonomia (Cf. Constituição federal de 1967, art. 16 n. II, § 3.º).

Poder judiciário municipal

17. Em rigor, a atuação da justiça estadual em assuntos municipais não constitui intervenção pròpriamente dita. É verdade que outrora a justiça era municipal e só de quando em vez se permitia a interferência do juiz de fora, *juiz de fora parte* ou *juízes por el-rei*, homens letrados, sem o fôro de vizinhos.

Há muito, porém, que em Portugal e no Brasil o município deixou de ter o poder judiciário. Nos Estados Unidos e na Inglaterra até hoje existe a justiça municipal, mesmo quando neste último estado as fórmulas tradicionais declarem que a justiça é feita em nome del-rei ou rainha.

Autonomia municipal

18. Repisemos as afirmações quanto à autonomia municipal. Ninguém mais interessado nos negócios locais do que os munícipes. Sentem pessoalmente os efeitos da sua organização ou desorganização — água, caminhos, escola, iluminação e energia, assistência pública, formação pré-militar, higiene, moral e culto religioso. Havíamos de acrescentar: justiça.

Importa banir a idéia de que o município é apenas parcela da administração do estado. O govêrno regional pretende curar de tudo, sem entender nem poder e a localidade espera como favor lá de longe o que por suas mãos deveria procurar e obter.

Não há autonomia efetiva para quem não possui independência política, econômica e financeira.

Não há município com vida, se as autoridades nêle apenas residem intermitentemente e se as próprias autoridades locais esperam a palavra ou a ajuda que venha de fora.

Fundamento da autonomia

Importa ter sempre presente a existência das associações — família, corporação profissional, grêmio intelectual, grupo religioso, grupo político, município e estado. A natureza do homem leva a tais agrupamentos. São legítimos. Entre êles não há relações de inferioridade; há apenas coexistência, o que sem dúvida reclama coordenação, mas nunca sujeição.

Tais grupos, por forma desigual mas legítima, são essenciais à vida humana. Muitos surgiram espontâneamente, sem auxílio externo; têm de considerar-se paritários. A lei do estado, repetimos, não constitui o município, não cria o município, porque já o acha formado. Reconhece-o.

Sobretudo, importa impedir que o município seja joguête das paixões dos partidos regionais ou nacionais. Nasceu o cesarismo ou totalitarismo ou absolutismo do princípio individualista e liberal de que não deve haver nenhum intermediário entre o indivíduo e o estado. Afirmamos precisamente o contrário. Entre o indivíduo e o estado estão colocados os vários grupos sociais e é por causa dêles que se torna impossível o totalitarismo.

A centralização política, qualquer que ela seja, importa a centralização e a tirania burocrática, o desconhecimento das liberdades dos vários grupos, entre as quais as liberdades locais. O estado não dá vida ao município; daí a sua ingerência nêle ser contra a comunidade dos vizinhos, do mesmo modo que con-

tra a comunidade doméstica é o intrometimento do estado na organização familiar. Dizer que o município é simples divisão do poder central ou regional, mera circunscrição subordinada, é diminuir ou dissolver a sua personalidade política. O direito de agir politicamente e de se administrar a si próprio pertence ao povo e pertence-lhe em cada um dos graus da sua formação. Segue-se daí a autonomia com que há de agir em face das numerosas necessidades que se apresentam em cada qual dêstes diversos graus.

As necessidades que afetam o grupo ligado pela vizinhança só podem encontrar satisfação apropriada na cooperação social dos membros dêste grupo. Segue-se daí que a vizinhança é o fundamento das funções sociais do município.

As funções sociais assim reclamadas constituem o fundamento do direito do município à autopolítica e auto-administração ou seja, à autonomia na realização das suas próprias competências.

Nas matérias da sua própria competência, o município tem direitos que são sòmente dêle tendo em vista a finalidade particular a atingir. Tal competência é que se denomina *autonomia.*

Pluralidade e não uniformidade

19. Por isto, como conseqüência da autonomia, a regra há de ser a da variedade: terá cada município a sua forma própria de organização. Nada de padronização, nem de feitio estereotipado. A vida é a diversidade. Surge espontâneamente a dessemelhança; é violência impor a invariabilidade.

Preconizamos a diferenciação entre município e município. Cada qual se há de organizar naturalmente, de acôrdo com as circunstâncias locais e de tempo, circunstâncias históricas e de espaço. É contrária à boa política e ao desenvolvimento e progresso do estado a pretendida uniformidade administrativa.

Primeiramente, ela só se compreende por imposição do poder planificador ou padronizador, poder estadual ou central; atenta, portanto, contra a autonomia local. Depois, surge a própria impossibilidade de qualquer sistema rígido, pois o natural é que as coisas locais e as condições locais gerem e moldem sêres diferentes.

Certo progresso, determinadas medidas convenientes à pluralidade ou à totalidade dos municípios poderão ser obtidos mediante processos livres, sem constrangimento, pela conquista da adesão voluntária, obra de educação política. Assim, em exemplo singelo, no tocante à conveniência da adoção de certa uniformidade na feitura dos orçamentos e da escrituração municipal, aos congressos científicos de finanças e de contabilidade compete reunir os interessados para debaterem os problemas respectivos e recomendarem certas conclusões.

Assuntos gerais e peculiar interêsse

A condenação de padrões impostos não se refere a certa disciplina geral, embora de serviços tìpicamente locais, comuns a todo e qualquer município, mas que legìtimamente o estado há de ordenar.

Assim, quanto se refere à habitação, tôda a disciplina jurídica das construções e direitos de vizinhança, matéria hoje de direito civil, ou seja, de direito comum, mas que há de ser completada pelo legislador municipal, por disposições suas, que disciplinam caminhos, águas, as situações especiais do vizinho de parede-meia, enfim, quanto respeita aos prédios rústicos ou urbanos.

Há de acrescentar-se o fornecimento de iluminação e energia, de águas e esgotos. A questão da energia elétrica hidráulica pode interessar a diversos municípios, seja por motivo econômico, que obriga as diversas unidades a se servirem de uma única usina, seja mesmo porque não é possível cada município ter queda d'água ou ainda usina térmica. O certo é que, porém, embora se reserve à União ou ao estado a disciplina de certo número de cláusulas padronizadas para simples contratos de adesão, sustentamos o direito do município quanto a outras tantas cláusulas relativas ao seus peculiar interêsse e, conseqüentemente, o contrato não pode ser todo êle de mera adesão.

O município e a educação

O ensino primário há de ser exclusivamente municipal e, quanto aos municípios de maior desenvolvimento e riqueza, até mesmo o secundário. Caber-lhe-á disciplinar, dentro das raias de suas fronteiras, o horário escolar, os períodos de férias, as festas religiosas e civis e o modo da sua comemoração escolar: o regime do provimento das cadeiras. no tocante ao ensino primário, se há ou não exigência de diploma normal para o mestre municipal; quais as escolas normais cujos diplomas hão de ser reconhecidos, na hipótese do município não possuir escola pedagógica própria.

Quer a União, quer o estado poderão organizar os seus sistemas de ensino mas apenas limitados à superior orientação do espírito nacional no que respeita ao ensino municipal. Não devem fiscalizá-lo, mas tão-sòmente dar-lhe os princípios gerais, que mais lhe servirão de modêlo do que de norma. Enfim, deverão agir de modo supletivo.

Outros assuntos locais

São ainda assuntos municipais os que dizem respeito aos caminhos, pontes, higiene, serviço de bombeiros, diversões. Evidentemente, sem exclusividade, mas também sem o estado absorver tais serviços, pois a sua posição é a de coordenador de atividade e de suplente.

No tocante às diversões, entendo que a censura teatral, cinematográfica, radiofônica e da televisão, no âmbito federal há de guiar-se por critérios de interêsse nacional. Entretanto, não se pode negar ao município a censura suplementar, a fim de que êle possa resguardar a moralidade e as suas tradições, quando entenda que a censura da União não foi suficiente aos interêsses locais.

Colaboração com o poder espiritual

No tocante à vida espiritual, não hão de ser indiferentes ao município as festas religiosas, principalmente as que provoquem

grandes concentrações de povo, máxime as que reúnam gente até de fora do município. Há de cuidar da maior limpeza da cidade, da pintura da fachada das casas, do enfeite e embelezamento das ruas e praças, do aumento da iluminação, dos serviços de abastecimento para a população e forasteiros, até mesmo contribuir com auxílio monetário.

Aliás, no Brasil de hoje, segundo a Constituição federal, o regime não é mais o de separação da igreja e do estado, pois claramente dispõe a constituição que os podêres espiritual e temporal hão de coordenar entre si os seus esforços e até prescreve "a colaboração de interêsse comum". Naturalmente são excluídos os assuntos pròpriamente religiosos (Constituição federal de 1967, art. 9º, n. II).

Formação pré-militar

A formação pré-militar deve ser dada o mais possível no próprio município. Nos grandes municípios, também nos distritos separados da sede. Sempre por oficial ou inferior do exército, a fim de lhe ser mantida a unidade. Só por exceção é que o munícipe em idade militar deve ser afastado do seu torrão, da sua família e da sua profissão. A solução é o tiro-de-guerra.

Os tiros-de-guerra constituem excelente escola de civismo e de disciplina; fazendo que o jovem preste serviço militar por esta forma, contribuem para a fixação do homem à terra.

Assistência pública

Largo e grande programa há de ser cometido ao município, no que diz respeito à assistência pública. Outrora, bastavam as santas casas de misericórdia, cujas irmandades se não limitavam ao serviço hospitalar, mas estendiam a sua beneficência a quase todos os problemas de assistência.

Busque o município solucionar quanto diga respeito aos miseráveis que esmolam, aos doentes, aos desempregados, à infância desamparada e até ao delinqüente e sua família. Creches, lactários, asilos de inválidos, tudo há de ser municipal, em obe-

diência ao princípio de descentralização e para se obviar à corrida para as cidades maiores e, ainda, ao cúmulo de erros que acarretam as instituições muito grandes; para maior facilidade na fiscalização dos serviços e dos seus gastos.

Depois, só o município pode dar solução de caráter eficiente em muitos setores da assistência pública, evitando aglomeração ou soluções de conjunto, evitando o mais possível os internatos e a criação de institutos coletivos. Por exemplo, no tocante ao menor abandonado, a assistência pública municipal poderá, com relativa facilidade, obter o seu acolhimento por parte de famílias urbanas ou rurais.

É de todo desaconselhável que se persista na hodierna orientação, menos feliz, de tudo se aglomerar nas grandes cidades, pior ainda nas capitais e para tudo se construírem hospitais monstros, asilos monstros, instituições imensas, que ainda mais dificultam o abastecimento e os serviços públicos, gozando até de justa preferência sôbre a população laboriosa.

Polícia e justiça

O serviço de polícia e o serviço de justiça devem preocupar os nossos políticos, a fim de encontrarem para êles, na medida do possível, a solução municipal, a solução local. Um e outro se hão de caracterizar pela rapidez e pela acessibilidade a todos que dêles necessitem. Isto é exigência óbvia, pois não se deve nem despender muito dinheiro, nem gastar muito tempo a vencer as distâncias, para se obter o socorro da polícia ou a palavra da justiça.

Necessidade de meios financeiros

A fim de fazer face a todos êstes numerosos serviços, que são tìpicamente municipais, importa contar o município com a receita correspondente, ser aquinhoado melhor; é preciso que lhe seja atribuída receita suficiente para que possa exercer a sua atividade em todos os referidos setores. E se há serviços, hoje, errôneamente atribuídos ao estado ou à própria União, uma vez que são

de caráter local, evidentemente um e outro hão de deixar de satisfazê-los. Sendo assim não lhes fará falta a perda das verbas correspondentes. É absurdo a administração geral ou a regional se preocuparem com matéria de competência local.

Programa do govêrno municipalista

20. Como programa de transição para solução definitiva, uma vez que é difícil vencer a mentalidade da maioria dos políticos e obter, portanto, a necessária reforma constitucional, poder-se-á efetuar a mencionada descentralização, sem qualquer reforma da constituição federal ou estadual.

Principiar-se-á pela entrega a cada município das verbas votadas pelo legislativo estadual, referentes aos serviços estaduais no município. Também os funcionários estaduais destinados à execução daqueles serviços ficariam à disposição das autoridades locais. Descarregar-se-ia assim a administração estadual de numerosas atribuições, que tanto a assoberbam e far-se-ia que tais serviços fôssem levados a efeito por quem é melhor indicado: pelos interessados diretos, a tudo se acrescentando a melhor fiscalização dos preços de custo dos materiais e da execução da obra.

Não só o govêrno estadual ficaria livre de assoberbante movimento burocrático, que lhe consome tanto tempo com trabalhos e mais trabalhos bem dispensáveis, como também seriam supressos muitos cargos públicos, como boa parte da fiscalização do ensino, das obras, da higiene e outros e o reflexo na redução do número até de outros funcionários, que efetuam a articulação entre os fiscais e a cúpula administrativa.

No município, autoridades e povo haviam de saber qual o custo do material empregado nas obras públicas estaduais e qual a veracidade das fôlhas de pagamento. Bem avisados estariam a respeito de onde foi comprado êste ou aquêle material e se foi respeitado o preço corrente; nome por nome dos que trabalham nas obras hão de ser conhecidos em círculo restrito de gente.

Perda de funções municipais para o estado

Não nos sobra tempo para estudar certas teses que surgem no tocante à organização e à administração municipal. A nossa

primitiva organização só conhecia a câmara municipal, composta aliás de poucos membros, os quais exerciam o poder legislativo, executivo e judiciário. De certo tempo para cá a legislação civil, comercial, penal e processual passou para a União e a organização judiciária para os estados. Quanto ao poder executivo, tornou-se distinto do legislativo. O mal, porém, foi a uniformização e a perda de autonomia, impostas desde a maléfica lei de 1º de outubro de 1828, que feriu de morte o município no Brasil.

Organização municipal nos Estados Unidos

21. Nos Estados Unidos da América do Norte é grande a autonomia e variedade com que se organiza a política e a administração municipal. Vive nas cidades a maioria da população norte-americana, aproximadamente setenta por cento.

As administrações locais ultrapassam ali o número de cento e cinqüenta mil, das quais mais do que a décima parte conta menos de dois mil e quinhentos vizinhos, e justamente nestas últimas é que se encontra a maior vitalidade e importância da vida local.

Não obstante a referida variedade, podemos agrupar em três tipos de organização municipal as formas que integram o sistema de organização da vida local nos Estados Unidos.

Reunimos no primeiro tipo a mais difundida forma, que se parece com a nossa: câmara municipal e prefeito, ou seja, executivo distinto do legislativo (em algumas cidades, é êste até bicameral).

O segundo sistema é o de comissão. Cêrca de dezesseis por cento da totalidade dos municípios, quase todos de importância média, de menos de meio milhão de habitantes: eleita pelo povo, reúne a *comissão* dos representantes em suas mãos tôda autoridade, tanto executiva quanto legislativa. Recorda a primitiva organização brasileira, mas com o desempenho de função determinada para cada qual dos membros do conselho, além da deliberação colegial. Geralmente são bem pagos os conselheiros.

O terceiro tipo é praticado em cêrca de dezoito por cento da totalidade dos municípios, alguns dos quais até muito importantes. O poder é concentrado em mãos do conselho. As funções executivas, porém, são exercidas por administrador profissional, diplomado, especializado e experimentado, o "manager". Decide o conselho a política a ser seguida. Ao "manager" cabe simplesmente, como administrador, a gerência técnica.

Citam como vantagens dêste último sistema o fato de separar a administração da política, com o acréscimo da administração ser de especialista, colocado fora da política e das intrigas.

Nada dissemos do poder judiciário nos Estados Unidos. Na maioria dos estados, o município elege o seu juiz, promotor, chefe de polícia e outras autoridades, quer judiciárias quer policiais. Tanto o direito substantivo quanto o processual são estaduais. Existe também a justiça federal, de competência da União, mas muito restrita.

O futuro do município

22. Vamos tratar da última parte dêste largo assunto. Acode-me inquirir se ainda há lugar para o município no mundo de hoje. Hoje, quando há um mundo só, segundo feliz expressão; hoje, quando se multiplicam os problemas mundiais; hoje, quando o estado há de ter ação ampla e englobar sob a sua direta orientação e execução numerosos e complexos serviços — pergunta-se: é possível que ainda se cogite de dar autonomia ao município? A autonomia local não deve apenas figurar como instituto do direito histórico, do tempo em que as distâncias eram imensas, não apenas separando município de município, mas ainda separando o município do poder central? O município há de ser poder político autônomo, há de continuar como livre associação dos vizinhos; ou ao invés disto só lhe resta a modesta posição de circunscrição administrativa, de fração administrativa, em que o estado se há de dividir para ser melhor administrado?

Da nossa parte, continuamos a afirmar a autarquia local, continuamos adepto da autonomia municipal como indispensável à vida do próprio estado.

O Brasil estava definhando e morrendo, oprimido pela burocracia conseqüente ao centralismo político e administrativo. Compreendeu o legislador constituinte de 1946 a posição contraditória do estadualismo, a exigir de um lado a autonomia para os estados federados no tocante aos seus serviços, e de outro lado sempre procurando sufocar a autonomia municipal, entendendo que êles executam melhor que o município os serviços locais. Contraditòriamente, dissemos, porque se revoltam quando a União, também de modo errado, entende que ela é a melhor executora dos serviços regionais.

Não é só o aspecto prático. O legislador constituinte estava a par da melhor doutrina, que é justamente a que deseja a volta aos quadros municipais autônomos, à pluralidade legislativa, à diversificação da política e da administração local.

Não são poucas as vozes, entretanto, que se alçam contra as franquias locais e pretendem que a sua defesa outra coisa não é do que mero romantismo; intentam demonstrar que a padronização é mais lógica e mais econômica, que o município é incapaz de se gerir por si mesmo, prejudicados a administração e o progresso pela política daninha de campanário ou de chefetes do interior. Entendem que não deve existir mais autonomia municipal, justificada apenas pelos chefões locais e pelos colecionadores de dados folclóricos.

Sustentam que a grande arrecadação há de ser da União e dos estados, os quais beneficiarão os municípios, planificando-lhes as obras públicas e a execução dos serviços, concorrendo se não com a totalidade ao menos com a menor porção das verbas necessárias.

Deixo de reproduzir outros aspectos desta teoria, cuja exposição pode ler-se em autoridade de grande porte, o insigne professor Marcelo Caetano, catedrático de Lisboa. É lamentável que o ilustre professor e jurista convictamente concorresse também para o aniquilamento das franquias locais, na reforma do código administrativo de Portugal, por êle levada a efeito. Aliás, realmente não fêz mais nada do que atualizar a obra centenária, pois a destruição das franquias do velho concelho português vinha de longe, como expusemos e culminou com a promulgação do código administrativo português de 1836.

Movimento municipalista

Em amparo da nossa tese temos o movimento de opinião que se alastra de norte a sul do Brasil, revelado também em congressos de municipalidades, reunidos em numerosos estados, o primeiro dos quais em Campinas, no Estado de São Paulo.

No âmbito interamericano, já houve vários congressos de municipalidades, a partir de 1938. Em círculos maiores ainda, desenvolve-se a mesma idéia, pois que já se realizaram diversos congressos mundiais de municipalidades.

Certo escritor suiço divulgou em livro a sua teoria sôbre as franquias locais e nêle condiciona a reconstrução política e econômica da Europa à restauração da autonomia municipal.

De tal ordem é a relevância da vida municipal livre, que os papas, a partir de Leão XIII até João XXIII, disto advertiram várias vêzes os políticos, afirmando ser injustiça, grave êrro e inversão da ordem natural cometer-se à comunidade maior e superior aquilo que pode ser feito e obtido pela comunidade menor e menos elevada.

Não nos esqueçamos de que nas duas terríveis guerras mundiais últimas, tanto de 1914 quanto na de 1939, os próprios podêres de ocupação respeitaram a autonomia local. Quer os podêres do estado, quer os exércitos invasores procuravam a execução de medidas gerais que respectivamente lhes interessavam, sempre porém por meio dos podêres e organismos municipais.

O exemplo não deve vir de fora

Todavia, nem todos os exemplos estrangeiros hão de impressionar-nos.

É preciso que ponhamos bem longe de nós o modêlo francês e outros, que desconhecem as franquias locais.

Aliás, como salientamos, não é preciso o Brasil procurar exemplo estrangeiro. Não busquemos modelos, mas informação a respeito dos que conservam a boa tradição municipalista. Se a melhor política recomenda que se atente acuradamente para

o passado, aproveitando a experiência dos avoengos, a nossa história política e constitucional ostenta quase três séculos da mais sadia vida municipal.

Conclusão

Conseqüentemente, não sendo o município criação do estado, não é o caso de descentralização administrativa.

Há de ser restaurado e atualizado o velho e tradicional município de 1500, 1600 e primeira metade de 1700, cujo desenvolvimento e progresso pelas próprias fôrças foi detido quando se tornou absorvente a ação do estado.

Não se lhe atribuam apenas funções administrativas, mas como centro de vida própria, espécie de unidade orgânica, deixemos-lhe competência para quanto diga respeito às relações e interêsses dos vizinhos, desde o familiar e o econômico até o cultural e o espiritual e o político, naturalmente com as restrições lógicas.

Restaurado em tais condições, o município, "simultâneamente suporte e descongestionador do estado", há de contribuir para minorar a situação em que se acha o estado, vítima da centralização, que o depaupera e na impossibilidade de executar sequer o que lhe compete.

CAPÍTULO 32

FEDERAÇÃO. ORIGEM. SUA DISTINÇÃO DO ESTADO UNITÁRIO

Na doutrina do estado não nos encontramos nunca diante de conceitos de valor lógico e racional, mas sempre diante de conceitos, inclusive o do próprio estado, de significado histórico e contingente.

Tudo quanto respeita ao estado, a sua mesma origem, como vimos, é puro empirismo. É meramente histórico.

Se é assim, também as formas do estado foram surgindo com a experiência da vida política: estado unitário, confederação de estados, federação.

Esta última forma de estado surgiu na América do Norte, quando de experiência em experiência as treze colônias, que se tornaram independentes da Inglaterra, buscaram unir-se para execução de determinadas tarefas comuns, principalmente os serviços de defesa externa.

Foram precários os primeiros laços e compromissos, pois quando chegou o momento de reunir tropa, negociar o reconhecimento internacional e conseguir o dinheiro necessário para tais despesas, foi demonstrada a fragilidade da União e a maioria dos estados nem entrou com dinheiro para a caixa comum, nem enviou soldados.

Foi então que os responsáveis pediram que cada qual dos treze estados enviasse representantes a um congresso em Filadélfia, a fim de buscar os meios práticos e eficientes de organizar a vida política e a defesa contra a antiga mãe-pátria, que se dispunha a reconquistar suas antigas colônias.

Sob a presidência de Jorge Washington reuniram-se os representantes, com o compromisso de guardar sigilo quanto aos

resultados que almejavam. É que os estados não queriam substituir o jugo da Inglaterra pelo de qualquer das antigas colônias.

As discussões endereçaram-se para a criação de instituições jurídicas que realizassem, na prática, o quanto possível, a harmonia daquilo que parecia irremediàvelmente inconciliável e oposto entre si, a liberdade de ação de cada estado e a sua indispensável união.

Foram anotando as matérias vitoriosas ao cabo de cada discussão e daí resultou a constituição americana de 1787. Tècnicamente mal redigida, em artigos de longa redação, sem lógica, mas eficiente, prática, o instrumento que realmente almejavam e de que tanto careciam no momento. Elaborada, porém, com tal generalidade que perdura vai para dois séculos, apenas emendada aqui e ali.

Tais instituições, verdadeiramente sábias, foram assim o fruto de mero empirismo, do bom-senso de homens de vária cultura, visando ao eficiente e possível. Contudo, o resultado foi o notável monumento jurídico que, no correr dos tempos, longe de entravar o progresso, foi, pelo contrário, dos mais eficientes de seus instrumentos.

Conservou os estados tão ciosos da sua autonomia e criou outro estado a par daqueles. Cada qual com a sua competência: os estados federados com a que já tinham e o estado federal, ao qual aquêles cederam alguns podêres, não muitos, mas dos mais importantes, como declarar a guerra, celebrar a paz, manter a diplomacia e as relações internacionais, cunhar moeda, reger os correios. Para tanto, deram competência à União, ainda, para ter o seu tesouro, a sua justiça e os seus próprios empregados.

Essa a grande novidade, a criação do estado federal ou *federação* de estados. Tais expressões não constam uma vez sequer do texto, mas surgiram com justeza nos comentários à constituição.

Até então só se conheceram as *confederações* de estados. Instituição completamente diferente.

O vocábulo *federação* deriva do latim *foedus, foederis,* que significa aliança, união.

Tão eficaz foi a instituição do paralelismo e vida coetânea da União e dos estados federados, que, mais tarde, a mais antiga

das confederações existentes no mundo, a Suiça, reformou a sua constituição de 1848 para adotar como forma de estado a *federação,* muito embora conserve, como mera tradição o nome de *confederação* e para os estados o de *cantões.*

Federação, para quem estuda o seu sentido jurídico e histórico, não é descentralização, mas *aliança* de estados soberanos. Supõe descentralização política e administrativa. Opõe-se a estado unitário.

Concentrar tudo nos podêres centrais é a estagnação das regiões, ao passo que, no estado federal, dotadas de soberania em tudo que é da sua competência, podem elas desenvolver-se eficazmente, sem quebra da unidade do todo, sem o perigo do separatismo.

Não lhes é suficiente o pequeno desafôgo dos podêres regionais buscando nos estados unitários. Êstes últimos são divididos em províncias e estas em circunscrições menores. Não é o bastante, máxime nos estados grandes, para a sua livre expansão e para se não verem asfixiadas pelos podêres centrais. Êstes últimos nem podem conhecer exatamente os problemas regionais e nem seria possível, ainda que os conhecessem, solucioná-los todos e em tôdas as regiões.

Por sentirem as mesmas necessidades, por se defrontarem com análogas contingências históricas, foram surgindo outras federações, que se não pode dizer que imitaram a americana ou no seu padrão decalcaram sensìvelmente algumas instituições. A única coisa é haverem aproveitado o invento americano, o achado jurídico incontestàvelmente prático e eficiente.

Há hoje no mundo mais de quarenta federações, entre as quais os Estados Unidos da América do Norte, Canadá, México, Venezuela, Brasil, Argentina, Suíça, Alemanha Ocidental, Iugoslávia, Tcheco-Eslováquia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (15 federações), Austrália e outras na Ásia e na África. Não aludimos à *Commonwealth* britânica, que é forma distinta da federativa.

Estados pequenos ou grandes podem adotar a forma federativa, mas é exigência dos estados de grande território que se constituam em federação. Impõe-se tal forma aos estados que se formaram por aglutinação ou por forçada unidade como, por exemplo, a Espanha, que constrange à unidade regiões não só

outrora independentes, mas com caracteres nacionais próprios, com economia própria e necessidades diferentes das demais regiões.

Desdobraremos o estudo da federação pelos itens seguintes:

1. Origem da Federação.
2. Caracteres da federação. Distinção do estado unitário. Definição.
3. Organização do estado federal.
4. Fixação das competências:

   a) expressa { privativa / concorrente / supletiva }

   b) implícita
5. Podêres residuais nas diversas federações.
6. Discriminação de rendas. Tributos, arrecadação e distribuição.
7. Intervenção federal. Processo para a sua decretação. Limites e responsabilidades. Conseqüências. Constitucionalidade. Suspensão do ato.
8. Revisão judicial dos atos administrativos e legislativos.
9. Representação política. O senado.
10. Organização do estado federado.
11. Desmembramento e incorporação de estados federados.
12. As federações existentes.
13. Origem da federação no Brasil.
14. A economia nacional e a federação.
15. Os serviços sociais e a federação.
16. A segurança nacional e a federação.
17. Críticas e objeções ao estado federal.
18. Federação européia, árabe. Commonwelth Britânica. União francesa.
19. A federação tende a desaparecer? É mero caminho para a unificação de estados?
20. Os estados federados são soberanos?

No Brasil, não se chegou à federação por processo inverso ao da América do Norte, consoante desacertadamente afirma a opinião generalizada.

Lá, estados soberanos celebram o pacto federativo, aliaram-se para perpètuamente constituírem o estado federal. Aqui, de estado unitário, no Império, passamos à federação.

É por demais simplista a conclusão. Não desce às raízes da nossa origem, esquece três séculos de história. Quer a política e a administração municipal, quer o regime das capitanias vincaram fundamente o nosso direito costumeiro, o direito escrito dos municípios e o próprio direito cuja fonte era a coroa e se destinava apenas a esta ou aquela capitania.

Nem havia duas capitanias se regendo inteiramente pelo mesmo direito, nem o direito português era sempre o mesmo para todos os municípios. Sejam as capitanias que voltaram ao domínio real, sejam as compradas pela coroa, sejam as que até o fim se conservaram em poder dos sucessores dos primitivos donatários, cada qual apresentava as suas peculiaridades quanto ao direito e quanto à administração é até no tocante à política.

Antes da constituição de 1824, o município progrediu e se desenvolveu naturalmente, sem óbices ou entraves, porquanto a vida municipal era de considerável autonomia em face do poder central. Entretanto, já havia vínculos com o capitão-general da capitania. Com o advento daquela constituição, aliás a primeira que tivemos depois da separação de Portugal e, principalmente, com o parlamentarismo e, ainda, pelas idéias liberais do século, a pouco e pouco grandes políticos foram verificando que se impunha a descentralização política e administrativa pela acentuada autonomia, nesses dois campos, que se haviam de deixar às províncias. Recorde-se que a aspiração federativa nada tinha que ver com a forma monárquica. Os políticos verdadeiramente esclarecidos não viam nenhuma incompatibilidade entre a federação e a monarquia. Assim se expressou Rui Barbosa.

Devemos notar que o problema municipal não se inscreve na federação, nada tem que ver a forma federativa com o problema municipal. O que se supõe é que os estados federados tenham boa vida municipal, tenham os seus municípios bem organizados

e autônomos. Já vimos em capítulo anterior como a autonomia municipal é requisito essencial e indiscutível para a vida do estado. Evidentemente tanto para a vida do estado unitário quanto para o do estado federado.

Assim, no panorama federativo, hão de ser atribuídos à união todos os serviços gerais ou nacionais, ao estado federado todos os serviços regionais e ao município a totalidade dos serviços locais, Mas, repetimos, a atribuição dos serviços locais ao município diz respeito à organização de cada estado e não à forma federativa, que busca apenas coordenar as atividades da união com as dos estados, baseando-se na autonomia recíproca entre união e estados.

Para precisar o nosso pensamento, depois de considerar bem a forma unitária e a forma federativa, podemos definir: *Estado unitário é aquêle em que os podêres centrais e regionais são hierarquizados.*

Estabelece-se a descentralização, distinguem-se os órgãos centrais e, em cada região ou província, se criam os órgãos regionais. Entretanto, êstes últimos são meramente administrativos; depende a sua constituição, a sua competência e o modo de executar os serviços, em tudo e por tudo, dos órgãos centrais. Podem ter autonomia, mas esta lhe é outorgada pelo poder central. Existem podêres regionais, podêres provinciais, mas êstes não passam de emanação do poder central. Há hierarquia entre êles, pois os podêres regionais são subordinados ao poder central.

Federação é o estado em que os podêres centrais e regionais são reciprocamente autônomos, sob a supremacia da constituição.

Aqui já não há um só estado; há vários estados num estado (note-se que na Argentina a denominação é de províncias, mas apenas a denominação, como na Suíça se denominam cantões). Tais estados estão unidos no estado federal ou federação. Se são estados, possuem soberania. Os podêres políticos são dêles, estados federados, com liberdade de organização e de função. Mas, como se acham todos unidos na federação, existem também os podêres centrais. Contudo, nenhuma hierarquia os subordina. Do mesmo passo que os órgãos centrais são autônomos em relação aos regionais, recìprocamente os órgãos regionais não são hieràrquicamente subordinados aos podêres centrais.

Afirmei que a autonomia recíproca entre os podêres centrais e regionais está sob a égide da constituição federal, pois é ela que organiza a federação e que fixa quais os serviços que passaram a constituir tarefa da união. Não há na federação, por conseguinte, nem a supremacia da união nem a supremacia dos estados. Jurìdicamente, os respectivos podêres são colocados no mesmo pé de igualdade, havendo, é claro, tão-sòmente a discriminação das respectivas competências. Soberana é a união, no que respeita aos assuntos da sua competência. Soberanos são os estados federados nas matérias da sua competência.

* * *

No item 13 vamos dar o desenvolvimento seguinte, baseado em quatro séculos da nossa história:

ORIGEM DA FEDERAÇÃO NO BRASIL

1. Capitanias hereditárias e as outras capitanias. Os Conselhos em Lisboa.
2. As províncias em 1815.
3. Reunião dos procuradores provinciais. 1822. Carta da princesa Leopoldina.
4. Discussão na constituinte de 1823.
5. A confederação do Equador. 1824.
6. Movimento federalista em vários lugares e em Pernambuco. 1831. Código de Processo Penal. 1832.
7. Ato adicional. 1834.
8. Lei de interpretação, de 1840. Lei de reforma do Código, de 1841.
9. Tradução de "*O Federalista*", 1840 (José da Gama e Castro e o prefácio da referida obra).
10. Partido liberal. 1868.
11. "A província" de Tavares Bastos. 1870.
12. Programa do partido republicano. 1873.
13. Jornal "A federação", do Rio Grande do Sul, 1884.
14. Programa do Visconde de Ouro Prêto.

15. Artigos de Rui no "Diário de Notícias" ("A queda do Império").
16. Decreto n. 1 de 15 de novembro de 1889.
17. Constituinte de 1890.
18. Constituição de 1891.
19. Reforma constitucional (1926) e constituições posteriores.
20. Constituição de 1967.

CAPÍTULO 33

FEDERAÇÃO. SEUS PROBLEMAS. SEU FUTURO

Notem que a maioria ou a quase totalidade dos constitucionalistas brasileiros nega a soberania ao estado federado, atribuindo-a tão-só e exclusivamente à união. Não me filio a esta corrente e enveredo para outro lado, em virtude do modo pelo qual concebo o instituto da soberania, assunto que já foi objeto de exposição, em outro capítulo. Portanto, a supremacia pertence à constituição federal, prque é ela que organiza a federação. Quer dizer que não há forma estereotipada de federação, mas as federações variam no tempo e no espaço, pois a constituição é que há de dar à federação a organização que quiser, ou melhor, a que fôr de modo mais consentâneo com a solução dos problemas de cada estado em determinado momento histórico. Livre é o poder constituinte ao elaborar a constituição federal e ao lançar as bases da autonomia recíproca entre a união e os estados.

Realmente, a tarefa do poder constituinte é de reservar à união os serviços todos necessários à aliança entre os vários estados. Não lhe incumbe organizar os estados, mas apenas prever e prover a vida em comum. É dever do legislador constituinte deixar que os estados se organizem livremente, como bem entenderem, como melhor possam fazê-lo, para a realização da própria finalidade. Esta é a exigência descentralizadora, a liberdade de ação que cada estado há de ter na busca da prosperidade regional. Ao legislador constituinte incumbe tão-sòmente estabelecer quais são os serviços comuns, qual é a tarefa que incumbe à união e como há de executá-la.

Daí a regra, segundo a qual à União cabem os podêres expressos na constituição e aos estados os podêres restantes, o resto, tudo quanto não foi atribuído à competência da união. É preci-

samente esta a origem histórica da federação tanto nos Estados Unidos como na Suíça. Vivia isoladamente cada estado ou cada cantão e se viram forçados pela necessidade a se aliarem, a buscarem a união. Não careciam, portanto, de se organizar a si mesmos, pois já estavam organizados. Não importava definirem os podêres que tinham, as atividades que podiam exercer, pois tudo isto já estava estabelecido na vida que cada qual levava isoladamente. Tinham todos os podêres. Apenas retiraram de si próprios alguns podêres, é verdade que importantes, mas alguns apenas, para os entregar à união. Eis aí a explicação porque, na constituição federal, organizada a federação, à união cabem podêres explícitos e aos estados federados podêres residuais.

Uma vez distribuída a competência pela união e pelos estados, importa estabelecer os recursos mediante os quais uns e outros irão fazer face às indispensáveis despesas. A discriminação de rendas ocupa lugar importantíssimo na organização federal e é dos pontos cruciais na elaboração constitucional. Luta o poder constituinte com êste problema e a solução não tem sido feliz no Brasil. É verdade que a constituição de 1946 — em cuja confecção temos responsabilidade, pois fomos representante do Estado de São Paulo, na constituinte — procurou melhorar a situação. Todavia, ainda nesta constituição, a distribuição de competência se apresenta com graves erros. Além desta má distribuição entre a união e os estados (que invade até atribuições municipais), temos a lamentar a viciosa e criticável discriminação de rendas. Esperamos que a prática constitucional, a contribuição dos especialistas em finanças públicas, dos constitucionalistas e a clarividência dos políticos e, máxime, dos estadistas busquem aperfeiçoar a nossa ordenação jurídica constituicional, de tal maneira que compitam à união sòmente os serviços nacionais, aos estados sòmente os serviços regionais e aos municípios tudo quanto respeite aos serviços locais. A esta distribuição de tarefas procurarão fazer corresponder a respectiva discriminação de rendas.

Convém solientar que a atual constituição, contràriamente à dos Estados Unidos e à brasileira de 1891, atribuiu expressamente determinadas rendas ao município. Foi necessário adotar tal critério a fim de salvar o município. É que nos Estados Unidos

as franquias e liberdades locais continuaram resguardadas em cada estado; no Brasil, pelo contrário, em virtude da forma que se deu ao art. 68 da constituição de 1891, os estados passaram a se organizar com absoluto desrespeito à autonomia dos municípios, culpa, aliás, que há de ser dividida com o império, que estrangulou as liberdades locais, em texto expresso da lei de 1.º de outubro de 1828.

Irão estudar, no segundo ano, na cadeira de direito constitucional, a organização federal do Brasil. Vão aprender que o poder legislativo consta de duas câmaras: a dos deputados e a dos senadores; a primeira é composta de representantes do povo e a segunda, de representantes dos estados. O número de representantes do povo é relativo à população de cada estado. O número de representantes dos estados é absolutamente igual: três senadores para cada estado. O motivo é óbvio. Se não fôsse assim, quatro estados, se tanto, dos mais populosos, poderiam fazer sòzinhos a legislação do país e governar em detrimento ou não dos demais estados, mas hegemônicamente. Daí, ser estabelecido o equilíbrio, na federação, pela igualdade de todos os estados no senado.

Restaria falarmos do instituto da intervenção federal. A seu respeito, porém, basta por ora o enunciado da regra geral. A regra é a não intervenção. Só em casos excepcionais, minudente e expressamente previstos na constituição federal, é que a união poderá intervir nos estados. Hão de ser, além disto, casos de excepcional gravidade. Fora daí as dificuldades políticas e administrativas que forem surgindo, no seio de cada estado, hão de ser resolvidas pelo próprio estado.

CAPÍTULO 34

O ESTADO LIBERAL. GÊNESE E DEFINIÇÃO DO LIBERALISMO

1. A idéia da preeminência da pessoa humana em face do estado levou muitos filósofos a procurarem teorias acêrca do fim da sociedade política, que não importassem o completo desconhecimento do indivíduo.

Tôdas elas de modo geral pretendem a limitação do estado à missão exclusivamente jurídica, que se cifra em editar a lei e reprimir as suas transgressões, abstendo-se de intervir na direção da vida social ou em quaisquer outras suas manifestações. Deixam à livre iniciativa individual a tarefa de descobrir e empregar os melhores meios para satisfação das necessidades sociais.

Estabelecem como fim do estado propiciar a igual liberdade de todos, a realização harmônica da liberdade de todos. E como o fim de autoridade é conduzir todos para a realização do fim do estado, fica a sua tarefa reduzida a proibir aquelas ações que não permitem a coexistência da igual liberdade de todos.

Agrupam-se tais teorias em três grandes ramos, outros tantos caminhos através dos quais por modo diferente chegam à afirmação da mesma tese: o primeiro pretende assegurar a liberdade igual para todos, baseando-se em motivos econômicos; o segundo funda-se na igualdade dos indivíduos; o terceiro, na luta pela vida.

Costumam denominá-las com a expressão genérica de teoria do *estado de direito*.

Ocupemo-nos com cada qual dêstes grupos, na ordem enunciada.

2. O individualismo, como teoria política, principiou a desenvolver-se no domínio econômico, apareceu como reação contra o absolutismo do estado, contra o poder de certas corporações. O absolutismo era lamentável degeneração da monarquia orgânica. Os corpos profissionais já haviam feito prosperar os misteres e estruturado com êxito os mais complexos interêsses da vida do "terceiro estado".

Efetivamente, o que faltava era a liberdade econômica. Buscaram-na os economistas denominados na França fisiocratas e na Inglaterra, clássicos. Do liberalismo econômico veio o liberalismo político.

Mais cedo ou mais tarde, a intervenção do estado no campo da economia manifesta-se desastrosa porque é artificial; e o domínio econômico como o político está sujeito ao império de leis naturais. Restrinja-se o estado à só proteção do direito, evitando intervir nas coisas da economia. Ficou isto assentado em forma axiomática na frase de Gournay: *Laissez faire, laissez passer et le monde va de lui-même*. São tão receiosos da intromissão do estado, que vários dêles proclamam ser o govêrno mal necessário; que governar não é mais do que exercer a indústria do seguro, cuja contribuição consiste no impôsto, que é pago ao estado como poderia ser feito a qualquer outra companhia seguradora.

Com tão resumida tarefa, a operosidade legislativa do estado é reduzida ao mínimo possível, a fim de deixar livre curso às leis naturais, nas quais sòmente deve êle buscar inspiração. Quase que inteiramente negativa é esta tarefa mínima do estado, a saber, não impedir o bem que se faz esponâneamente a castigar o reduzido número de pessoas que atentam contra a propriedade privada. A ordem natural, cuja manutenção importa conservar, consiste principalmente no seguinte: 1) na propriedade privada em tôdas as suas formas; 2) na instrução universal; 3) nos trabalhos públicos, caminhos e canais, vantajosíssimos para a propriedade natural e imóvel.

Os clássicos João Batista Say, Adão Smith e Davi Ricardo sustentam a mesma teoria dos fisiocratas quanto à existência de certas leis naturais pelas quais a sociedade humana *sua sponte* caminha sempre para melhor teor de vida, contanto que seja permitido a cada um proceder a seu bel-prazer, para o que se faz necessário que a autoridade pública apenas se ocupe da simples tutela do direito. Diz o primeiro dêles que cada homem

deve ser livre em buscar o seu próprio interêsse da maneira que melhor lhe convenha, uma vez que não viole a justiça.

Todavia, o não intervencionismo de Adão Smith não era absoluto, pois ainda na esfera econômica tinha os seus limites. Por exemplo, a taxa dos juros podia ser fixada por lei, a liberdade dos bancos também restringida pela lei... Por outro lado, apresenta êle uma parte positiva como fim do estado: 1) defender a sociedade de todo ato de violência ou invasão; 2) criar e sustentar certas obras públicas e certas instituições que o interêsse privado jamais poderia conseguir, por não ser possível auferir lucros compensadores do esfôrço particular e do risco do capital privado.

Outros dois nomes ilustres desta corrente: Bastiat e Stuart Mill, êste nos últimos anos de vida inclinou-se ao socialismo.

"Deixemos que os homens trabalhem — escreve Bastiat — aprendam, se unam, negociem, se combatam porque, segundo os decretos da Providência, da espontaneidade inteligente só pode provir a ordem, a harmonia, o progresso no bem, sempre crescendo até o melhor, o ótimo e do ótimo até o infinito".

3. Do espírito de observação prática passamos ao de pura especulação, deixando os fisiocratas franceses e os economistas clássicos inglêses para penetrarmos no círculo dos filósofos alemães.

Kant distingue o direito natural do direito positivo, originando-se êste do primeiro como de sua regra absoluta. É o direito natural um direito racional, deduzido *a priori*. Separa o direito natural da moral.

É a liberdade condição essencial do direito, cujo fim é o acôrdo das liberdades na ordem. "É conforme ao direito tôda ação que permite à liberdade de cada um concordar, segundo lei geral, com a liberdade de todos." Só se ocupa o direito com as relações exteriores dos homens: é-lhe estranho todo ato interno. Importa cada qual agir exteriormente de modo que o livre uso de seu arbítrio possa concordar com a liberdade de cada um, segundo leis gerais.

Certo princípio da razão dispõe que a liberdade de cada um deve coexistir com a liberdade de todos. Logo, tôda ação oposta a uma liberdade é contrária ao direito, é ato injusto: a coerção

empregada para evitá-la é conforme à lei geral das liberdades. Por isto é que é justa a coação. Consiste o direito na possibilidade de acôrdo do constrangimento geral e recíproco com a liberdade de cada um. Esta fórmula levou-o a reduzir o mais possível o papel e as intervenções da autoridade em proveito da liberdade. O mínimo de autoridade e o máximo de liberdade. Em vista do vago e impreciso desta fórmula, que se não contém entre limites que circunscrevam a tarefa da autoridade e o campo da liberdade, dispõe Kant que se cifre a autoridade à simples ordem externa e aos casos de conflito no exercício exterior das liberdades humanas.

Guiou-se Kant pelo alto conceito que votava à dignidade superior da liberdade humana, a qual há de ser sempre senhora de si mesma, com a única exceção da coação sôbre o seu exercício exterior, a fim de evitar a desordem prejudicial a todos. Guiou-se também pela exigência da moralidade, que só admite como lei interior o "imperativo categórico" e não o móvel do constrangimento para determinar o ato livre, pois o emprêgo do constrangimento tende a enfraquecer o imperativo.

Torna-se assim mais negativa que positiva a missão da autoridade civil. Seu exercício é um mal, que se deve justificar por uma razão de necessidade. É a teoria do estado de polícia, do qual se deve prescindir o quanto seja possível.

No campo do direito público, no tocante à finalidade do estado e da autoridade civil, conduz a moral autônoma de Kant aos excessos e aos perigos de individualismo e de liberalismo radicais.

Humboldt segue o pensamento filosófico kantiano. Não deve ocupar-se o estado do que concerne ao bem-estar dos cidadãos e também não pode limitar a liberdade dêstes, senão na medida requerida pela eficaz proteção jurídica quanto aos inimigos internos e externos. Deve o estado propiciar livre expansão das fôrça individuais, pois outro modo de agir seria em dano das fôrças naturais. O seu fim é a só proteção jurídica dos cidadãos. Segundo êle não lhe incumbe a moralidade ou a religião, nem tampouco cuidar de modo positivo do bem público mediante estímulo, prêmios etc.

4. "A grande superstição da política de outros tempos — escreve Spencer — era o direito divino dos reis. A grande su-

perstição da política de seu tempo, acrescenta, é o direito divino dos parlamentos". Mostra como os homens comumente ficam ligados a doutrinas que rejeitam de nome, guardando a substância ainda depois que abandonaram a forma. "Oh! Um ato do parlamento pode tudo", eis o que se responde ao cidadão que duvida da legitimidade de alguma intervenção arbitrária do estado. Poderíamos completar o pensamento spenceriano recordando o modo comum de julgar as coisas, ao entender o povo que só com a existência de uma lei é possível pôr fim a qualquer abuso.

Insurge-se contra a onipotência do estado. Porém, passa dêste extremo a outro. O próprio título de uma das suas obras em que trata do assunto, *The man versus the state*, revela o seu exagerado individualismo, pois só percebe nas relações entre o homem e o grupo político sempre oposição. Nos *Princípios de sociologia* estabelece a base da sua teoria para concluir que a maior ou menor ação do govêrno deve estar na razão inversa do progresso social, isto é, na proporção em que os instintos altruístas hajam predominado sôbre os instintos egoístas, o que só se realiza quando o egoísmo individual se haja transformado em altruísmo social. É pois o govêrno mal necessário, mas provisório. Deve êle procurar restringir de cada vez mais a sua ação, a fim de preparar o seu desaparecimento final.

"Pode ser julgada uma sociedade — escreve Spencer — na proporção em que o constrangimento exercido sôbre os cidadãos em nome da lei humana fôr menor do que a obediência voluntária à lei da igualdade na liberdade. Se a lei moral não tem poder suficiente sôbre os corações, o constrangimento a substitui; mas também quando a lei moral se torna forte, deve desaparecer a coerção: então todo govêrno se torna não só inútil, mas um mal e os homens sentem tal aversão pelos entraves da autoridade, mostram-se tão ciosos dos seus direitos, que se torna impossível qualquer govêrno".

Acreditando piamente nos princípios darwinianos da luta pela vida, que levam à seleção natural e crendo ainda na fórmula comteana do progresso contínuo, assim escreve Spencer, com incrível otimismo ou melhor como profeta otimista: Caminhamos para a forma em que a autoridade será reduzida ao mínimo e a liberdade elevada ao máximo. Estará tão bem disposta para a disciplina social a natureza humana, tão apropriada à vida

em sociedade, que não terá mais necessidade de coerção exterior, pois ela mesma se coibirá... Desfaz-se o ser social dos seus invólucros como de escamas, guardando todavia o bem que adquiriu sob a sua proteção.

A base, pois, da sua teoria política, como aliás da sua doutrina em todos os assuntos por êle versados, é a teoria da evolução e seleção natural, dominada pelo princípio da luta universal pela existência. Contràriamente ao que afirmaram Hobbes e Rousseau, não é o estado instituição convencional, obra de arte; para Spencer originou-se êle de cego processo evolutivo, em tudo conforme às leis imutáveis da natureza. É o estado o último anel da cadeia evolutiva: Homem, casal, família, parentela, tribo, reunião de tribos, estado. É a luta pela vida o grande motor de tôda a evolução. Assim como no reino animal em virtude dessa luta os indivíduos melhor adaptados às condições externas vencem os outros e se propagam, assim também na vida social tôdas as coisas devem ser permitidas à competição dos indivíduos, a fim de que dêste modo os mais bem adaptados vençam e se propaguem. A seleção natural redunda na *survival of the fittest*.

A ingerência do estado no domínio das leis naturais, pretendendo modificá-las ou atenuar-lhes os efeitos, é sempre prejudicial, pois longe de realizar o que intentava, torna a situação pior do que antes. Sòmente pode intervir o estado para efetivar a proteção dos direitos e das liberdades individuais. Nada mais. Por exemplo, se favorecendo os pobres e os desamparados intenta promover a prosperidade, o resultado final será antes a miséria e a desordem social. Intervenha ou não o estado, na luta pela vida a sobrevivência cabe ao mais apto, aperfeiçoando-se de cada vez mais os sêres com a eliminação dos inaptos. Não deve o estado intervir no comércio, na indústria, na educação, na escola, na religião, na arte etc., a não ser, como foi dito, para a proteção dos direitos e das liberdades individuais. Não deve assim limitar a venda de bebidas alcoólicas com o intuito de impedir a embriaguez, nem criar impostos para fundação e manutenção de museus, bibliotecas públicas etc.

Tôdas estas doutrinas limitam ao extremo a finalidade do estado, enquanto sustentam a quase ilimitação da liberdade individual e, por isto mesmo, tôdas muito bem denominadas teorias individualistas.

CAPÍTULO 35

O ESTADO LIBERAL. ESTRUTURA E VALÔRES DO CAPITALISMO LIBERAL

Repousa a estrutura econômica e social do século dezenove na nova técnica surgida com o maquinismo e no regime jurídico imbuído de liberalismo.

Uma única palavra caracteriza tal estrutura: o capitalismo. O vocábulo capital é equívoco: em sua acepção lata designa tôda riqueza material; sob o aspecto técnico significa os bens intermediários, os que por si mesmos não satisfazem diretamente nenhuma das nossas necessidades, mas cujo emprêgo, tomando e fazendo voltar-se para o nosso serviço as fôrças da natureza, permite obter rendimento melhor e menos custoso; finalmente, a palavra capital em sentido jurídico designa os bens que acarretam ao seu proprietário renda periódica sem contrapartida de trabalho atual.

No artezanato e na pequena indústria, o capital era estreitamente ligado ao trabalho, mas a crescente industrialização exigiu grande abundância de capitais. Ora, a acumulação dos capitais conduz necessàriamente à separação do capital e do trabalho. Por que? Para satisfazer às necessidades da grande indústria reúnem-se enormes capitais; milhares de pessoas trazem as suas economias e adquirem a sua parte no capital da emprêsa. Quanto aos trabalhadores, alugam os seus serviços em troca do salário prèviamente convencionado. Separação do capital e do trabalho, eis a nota característica do capitalismo; constitui sistema oposto ao regime corporativo em que o mestre é ao mesmo tempo proprietário do capital e trabalhador.

O sistema capitalista em sua essência nada tem de imoral nem de revoltante. De um lado os capitalistas fornecem as matérias-primas, a construção de fábricas e de máquinas; além disto, sujeitam-se aos riscos de *deficits;* em troca de tudo, porém,

auferem lucros. De outro lado, os operários contribuem com o seu trabalho e em troca se beneficiam com o salário certo, qualquer que seja o êxito da emprêsa. O contrato que junge capitalista e trabalhador é contrato puramente jurídico em que o operário se obriga a contribuir com o seu trabalho e o capitalista a pagar-lhe o salário como contrapartida daquela mercadoria.

Evidentemente o salário como tôdas as mercadorias está sujeito à lei da oferta e da procura. Há pletora de operários, baixam os salários. Acreditam os liberais que a liberdade absoluta na aplicação da lei haveria de produzir feliz harmonia. *Laissez faire* diziam e como existe no mundo uma ordem natural inelutável, importa necessàriamente que cresçam os salários na medida exata do crescimento dos lucros da emprêsa; seguir-se-á o bem-estar generalizado da classe operária, como da classe capitalista. Êste otimismo verificou-se em determinados mercados, em que foi abundante a procura de empregos; infelizmente, porém, constituiu exceção.

Examinemos mais detidamente o mecanismo da emprêsa capitalista.

Certo homem de negócio toma a iniciativa de criar uma emprêsa. Dêle foi a idéia; êle ainda é que concebe a sua realização prática; no plano técnico — os processos de fabricação; no plano financeiro — os meios de reunir capitais; no plano econômico — como obter resultado lucrativo. O patrão entretanto não é livre totalmente na realização da sua idéia; é prisioneiro do sistema liberal. Situação paradoxal, mas muito real, porque a livre concorrência lhe impõe tôda uma série de imperativos econômicos.

Contrata técnicos para dar a última demão no plano primitivamente concebido, para fiscalizar a fabricação e imaginar aperfeiçoamento nos processos empregados. Engenheiros, financistas, padronizadores e outros constituem o conselho do chefe da emprêsa. Alguns de tais técnicos constituem o chefe e os fornecedores de grandes capitais o conselho de administração da emprêsa, enquanto os outros são assalariados, gozando apenas de padrão de vida mais elevado que o dos operários.

Através do banco, órgão centralizador e organizador do crédito, os fornecedores de capitais são informados da sua procura.

E uma vez que determinada emprêsa se apresente como capaz de propiciar rendas, rendas compensadoras, passam a comprar-lhe as ações.

Para a emprêsa os acionistas são sêres anônimos perdidos na massa: ignoram o desenvolvimento dos trabalhos da emprêsa. Fictícia é a publicidade imposta por lei às deliberações das sociedades anônimas; não correspondem à exata prestação de contas da vida real da emprêsa. Mesmo depois dela o acionista continua ignorante do que ali se passa.

O chefe da emprêsa contrata o pessoal, tomando por base apenas o trabalho. Entram para o serviço e dêle saem segundo as exigências da produção; são pagos de acôrdo com a necessidade do mercado; em geral, recebe o trabalhador o salário equivalente aos dispêndios de fôrça no trabalho.

Finalmente são entregues ao consumo os produtos a cujo respeito expressiva publicidade se refere para excitar no público o desejo de comprá-los. É que a emprêsa não tem em vista necessàriamente prestar serviços à comunidade; acima de tudo, quer criar a necessidade artificial dos produtos que fabrica.

Quais as vantagens dêste regime? Quase tôdas são do domínio econômico e mui poucas as de plano humanista. Vejamos umas e outras.

A par do progresso do maquinismo é incontestável que a economia liberal foi a causa do magnífico desenvolvimento da indústria, do comércio, da atividade financeira e, portanto, de uma era de prosperidade material notável.

Nada mais revelador sob êste aspecto que a evolução econômica de 1830 a 1914, em vários estados europeus e, além dêste marco, na América do Norte. É bem de ver que se beneficiou o liberalismo de circunstâncias particulares favoráveis, entre as quais não é de esquecer o regime colonial. Todavia, deve-se à livre concorrência boa parte dos progressos econômicos realizados no século dezenove. Entre as classes sociais, principalmente, a burguesia tomou a iniciativa e obteve os lucros dêste êxito. No curso do século dezenove tornou-se a classe dirigente, tanto por suas responsabilidades sociais como por sua abastança econômica; em suas mãos concentrou-se a inteira direção dos negócios e boa parte das riquezas dos estados.

A classe operária, por sua vez, experimentou, mas de modo bem atenuado, os benefícios do enriquecimento geral. Indicam as estatísticas do salário um aumento regular, superior ao aumento do custo de vida. Não se segue, todavia, que a classe operária inteira haja conhecido a prosperidade durante a época liberal. Bem longe disto! Mas seria injusto e inexato pensar que onde dominou o capitalismo surgiu a escravidão das massas operárias.

Tal situação econômica favorável foi criada por homens votados às investigações científicas e às adaptações técnicas, cheios de entusiasmo no trabalho, cheios de iniciativa e de audácia. O capitalismo liberal produziu o tipo de "capitão da indústria", verdadeiro modêlo do humanismo contemporâneo. A literatura do século passado descrevia freqüentemente o espécime do burguês apatacado, enriquecido pelo seu próprio esfôrço no comércio ou na indústria e opunha a aristocracia do sangue à "aristocracia do dinheiro".

Recorde-se, já no domínio da realidade, a imponente figura de Henry Ford, que em poucas dezenas de anos criou talvez a mais próspera das indústrias do mundo, desde a construção do primeiro automóvel até a aquisição de todos os elementos necessários à sua construção, de tal maneira que nas suas fábricas não se servia de nada que não proviesse das suas propriedades. O grande industrial, todavia, homem de estupendo êxito econômico, embora buscasse as condições de melhor rendimento do trabalho, pensou também no problema operário e lhe deu soluções adiantadas para a época, firmadas numa espécie de humanismo teórico, com exuberantes ensinamentos para o nosso tempo.

Distinguiu-se a burguesia pelo esplêndido espírito de iniciativa e de organização, pelo senso do trabalho e da economia, pelo senso das responsabilidades e do real na vida. Numa palavra: as principais vantagens do capitalismo repousam no plano econômico; quanto ao homem, produziu nova classe, notável por suas qualidades práticas. Por último, a prosperidade oriunda do capitalismo desenvolveu a instrução pública e por conseguinte elevou o nível geral da cultura.

CAPÍTULO 36

O ESTADO LIBERAL. REFUTAÇÃO DO LIBERALISMO. DEFICIÊNCIA DO CAPITALISMO

Na primeira metade do século dezenove e com mais intensidade a partir daí, os próprios princípios do regime capitalista criaram situações desumanas. Vejamos agora quais as conseqüências sociais desastrosas do capitalismo e o por quê do movimento de reação àquele regime.

As deficiências do capitalismo liberal situam-se principalmente no plano moral e no plano econômico-social. Distinguimos por conseqüência entre as concepções da vida e as condições de vida.

Caracterizam o espírito gerado pelo capitalismo liberal a supremacia do dinheiro, a prioridade do lucro, a ilusão da liberdade e o retrocesso do sentimento religioso. Examinemos tais pontos um por um. No dia em que se colocava a emprêsa sob o signo único do lucro, surgiam automàticamente os conflitos de interêsses entre as partes ajustadas. O lucro cada vez maior do chefe da emprêsa e dos capitalistas não era conseguido pela exploração do trabalhador e do consumidor? A fim de propiciar grandes resultados, para distribuir altos dividendos aos acionistas, importava, pois, produzir pelo preço menos elevado, isto é, praticar a política do amesquinhamento dos salários e vender pelo preço mais caro; em outras palavras: exigir do trabalhor trabalho pouco remunerado e do consumidor elevada despesa. Êste último, porém, estava protegido pela concorrência, limitadora dos preços; assim, a principal vítima do sistema foi o trabalhador.

A partir desta época torna-se o dinheiro el-rei da sociedade e êle é que divide as classes sociais. Doravante, bravura, devotamento, perfeição moral, nascimento hão de ceder diante do prestígio do dinheiro. A sujeição do pobre à lei do dinheiro é fenômeno relativamente recente, que se tornou claro a partir do século dezenove: à medida que o estado se civilizava, que no seu interior se impunha a paz a todos e que el-rei governava, cada vez mais com a pena e cada vez menos com a espada, surgiram novas potências na sociedade renovada: o principal foi o dinheiro que a tôdas resumiu porque a tôdas conduziu. A primeira classe do estado passou a compor-se dos homens ricos ao passo que outrora se compunha dos homens bravos. São palavras de arguto observador.

Havia vários séculos que o dinheiro já constituía potência. Entretanto, se a opressão do pobre pelo rico se fêz sentir nos tempos medievais, é certo que nunca atingiu tal grau. Àqueles tempos não ocorreu a ninguém batizar com o nome de liberdade a licença outorgada ao mais forte para esmagar o mais fraco, nem elevar à nobreza de leis naturais um estado de coisas criado artificialmente.

Dando de mão a outras considerações, verificamos que o deus-dinheiro do mesmo passo que para si construiu templos e altares se tornou independente do trabalho: duas tendências perniciosas sob o prisma da moralidade e do humanismo individual e social.

Arrastado para o torvelinho dos negócios o homem moderno pouco a pouco se vai asfixiando. Em lugar de trabalhar para viver, em lugar de produzir para prestar serviços à comunidade, a emprêsa capitalista, não pela sua constituição mas pelo abuso que dela se faz chega a produzir para produzir e — só para fazer os capitalistas ganharem dinheiro. O objeto fabricado domina o homem que o fabrica. A concorrência domina o regime dos salários; o negócio domina o homem de negócios; o produto manufaturado domina o consumidor enganado por publicidade enfática e interessada.

Tal desconhecimento cínico dos homens e dos valôres humanos tem atitude trágica quando se trata do trabalhador. Comparando-se a catedral medieval à fábrica moderna, o escritor inglês Ruskin salientava de maneira sugestiva a diferença entre as duas concepções do trabalho. O mais modesto operário que

executasse o serviço mais modesto, punha nêle tôda a alma, inteligência e coração; a matéria assim trabalhada pelo homem transformava-se em obra humana. O operário moderno, pelo contrário, é afeiçoado à imagem do objeto que fabrica: foi criada a máquina para o lucro financeiro, o objeto é fabricado para lucro financeiro, o trabalho é concebido para lucro financeiro. Como se há de colocar neste trabalho a alma humana? O operário moderno transformou-se em correia ou em outro acessório anexo à máquina.

Um dos teóricos mais representativos do liberalismo clássico afirmou: sob o aspecto econômico, devem ser considerados os trabalhadores como verdadeiras máquinas, que fornecem certa quantidade de fôrças produtivas e que exigem de volta certos pagamentos para sustento e renovação do esfôrço, a fim de poderem funcionar de modo regular e contínuo.

Com tristeza d'alma o Santo Padre Pio XI lançou êste veredicto lúcido e severo: "A matéria sai enobrecida da fábrica, ao passo que o homem nela se corrompe e degrada." O homem, que pelo caráter eminente da sua pessoa e da sua vocação havia de encontrar-se no centro da roda econômica e para o qual haviam de convergir todos os raios, aparece nos dentes da roda, triturado pela monstruosa engrenagem. Economia desumana que sob forma larvada prolongava a escravidão.

Ford, cujas generosas intensões sociais já analisamos, chegou a fabricar dez mil automóveis por dia, mas premido pelas necessidades econômicas teve que reduzir a sua produção a três mil; constrangido a despedir milhares de operários em poucos dias escreveu desapontado e contristado: "Uma grande emprêsa não pode ser humana."

O operário isolado não é livre ao fazer o contrato de trabalho; não age de igual para igual com o patrão de importante firma. Quando busca o trabalho, pensa na sua mulher e nos seus filhos e sob pena de morrer de fome é obrigado a aceitar as condições que lhe oferecem. "Liberdade, igualdade, fraternidade" é a divisa da democracia política que pela extensão progressiva do direito de sufrágio até o sufrágio universal puro e simples se espalhou pela maioria dos países ocidentais. Mas esta divisa não poderia ser inscrita na fachada das emprêsas capitalistas. Não há liberdade ou igualdade política sem liberdade e igualdade no plano econômico. A democracia política é engôdo sem a democracia econômica, pois nela não pode existir igualdade entre o econômicamente forte e o econômicamente fraco.

O início do século dezenove conhecera conversões estupendas ao catolicismo. Era o retôrno da burguesia pervertida outrora pela crítica "voltaireana" à crença e à prática religiosa. Acreditamos na sinceridade daquelas conversões e achamos que influíram na sociedade e na moralidade. O que importa investigar é se os novos convertidos e juntamente com êles a massa católica tiveram do catolicismo a sua concepção puramente evangélica. Religião no geral, sentimental e individualista, era praticada muito mais para satisfazer os arrebatamentos da alma que para colaborar no reino de Deus sôbre a terra e entre os homens.

Por isto não é de espantar que ao aparecerem as primeiras perturbações sociais aquêles cristãos não experimentassem a desejável reação; tomando a religião como meio de estabilidade e de segurança não se adaptaram às novas condições.

A causa profunda e o vício fundamental de tal atitude foi sem contradita uma espécie de confusão entre o dinheiro e a religião; via-se na riqueza um sinal de eleição divina ou ao menos de preeminência na ordem social, constituída pelas leis naturais muito perfeitas e augustíssimas.

Evocando a atitude dos seus correligionários, que por certo naquelas horas não escreveram as páginas mais gloriosas da história da cristandade, La Tour du Pin, fervoroso católico, deixara cair êste julgamento severo: "A maioria dos católicos franceses são ainda mais que nulos em face da questão social". Outro escritor asseverava: "Quando se conversa com o conservador, quando se verifica o seu egoísmo e o seu desejo fanático de bem-estar, temos a sensação de estar envoltos nas trevas da morte, de estar cercados do que fatalmente há de perecer".

A audaciosa submissão da religião ao capitalismo liberal, causada por numerosos católicos afastadíssimos do senso profundo do cristianismo, preparava para a Igreja duríssimas situações.

Não nos importam as condições de vida da classe burguesa, mas sim as dos operários. No tocante à habitação, partimos da

observação de que as grandes indústrias e o grande comércio exigem abundante mão-de-obra e por isto se instalaram em aglomerações populosas. Preocupavam-se tão-sòmente da emprêsa e o seu pessoal vivia ao Deus-dará, habitando como podia, próximo à fábrica ou do local do trabalho; outros entretanto tinham que vencer diàriamente grandes distâncias para chegar ali e isto numa época de locomoção nem rápida nem abundante. A miséria e a ausência de habitações a preço razoável obrigaram os trabalhadores a morar em tudo que havia de mais sórdido, onde famílias de grande número de pessoas comumente só dispunham de um único quarto. Leiam-se a propósito os depoimentos unânimes e ainda hoje se percorram os porões e favelas.

No tocante aos salários, a livre concorrência só serviu para reduzir a jornada do operário. Vítima sem defesa da famosa lei liberal da oferta e da procura, tinha êle a escolha entre o salário oferecido e a miséria. Se nos períodos de prosperidade econômica são mais humanos os salários, nos tempos de crise tornam-se miseràvelmente reduzidos, insuficientes para a aquisição do indispensável à vida. A indigência era regra. Testemunha-o o crescimento assombroso da assistência pública a partir do século dezenove.

Quanto à duração do trabalho no intuito de produzir melhor e a bom preço, ia muito longe: o mínimo de doze horas por dia, prolongando-se até dezesseis horas e meia. O trabalho das crianças geralmente era igual ao dos adultos.

Vejamos quanto diz respeito ao trabalho das mulheres e das crianças. A necessidade de mão-de-obra abundante e barata introduziu na emprêsa em geral as mulheres e as crianças, quando o lugar da mãe de família é no lar. No entanto os salários ínfimos do marido forçaram a espôsa ao trabalho fora de casa. Em lugar de ir para a escola, as crianças também foram coagidas a ajudar a família em suas necessidades. Verdadeiramente merecia o operário o nome de proletário pois não possuía como propriedade sua senão as suas fôrças pessoais e as da sua família. A estabilidade do lar e a educação dos filhos não entravam na cogitação ou nos cálculos dos patrões liberais. Crianças trabalhavam desde os cinco ou seis anos em tarefas freqüentemente superiores às suas fôrças e durante horas, que variavam entre oito e dezesseis por dia. Acrescentem-se as condições de insalubridade do trabalho para se ver em tudo e por tudo como era desumano o tratamento a que estavam submetidas as crianças. Na tecelagem de algodão, a proporção das crianças era aproximadamente equivalente ao têrço dos operários.

Ajuntemos ao já tão doloroso quadro, triste retrato de uma época, o estado de insegurança em que jazia a classe operária; nenhuma defesa no caso de despedida, de crise, de falta de trabalho, nenhuma segurança contra a doença, a invalidez; nenhuma pensão na velhice; a morte do chefe de família ordinàriamente ocasionava a sua miséria.

Havemos de nos espantar também da miséria moral gerada pela corporal. O operário tratado como animal de carga não demorou a agir como animal. A mistura dos sexos nos lugares de trabalho e a habitação coletiva no mesmo quarto perverteram os costumes; para aumentar o vil salário, môças e mulheres muitas vêzes se entregavam à libertinagem; para milhares de crianças, a única escola foi a oficina, cheia de licenciosidade e de perversões. A embriaguez era o meio de esquecer a miséria e o alcoolismo se tornou chaga social das mais graves.

Em tal clima de aviltamento, o operário não conhecia a previdência. Mesmo os melhormente pagos não sabem o que é a previdência e são até os que mais se entregam à licenciosidade. Chegou-se assim à extrema degradação.

Eis a última conseqüência do regime liberal: a escravidão da maioria cada vez mais pobre, miserável e envilecida em benefício da minoria cada vez mais rica e indiferente ao bem geral. Em certo sentido, mas por outros caminhos, eis a volta da deplorável situação do Império Romano. Sociedade em estado de pecado mortal!

Qual o juízo a se fazer do capitalismo liberal?

No domínio econômico e humano, já o dissemos, produziu o liberalismo incontestável bem: criou o clima de iniciativa e de expansão do indivíduo, para proveito de uma classe social e do conjunto da nossa civilização material. Se provocou ràpidamente freqüentes abusos não é êle o único responsável: a evolução histórica colocou em cena condições imprevistas; assim, pela multiplicação das coligações entre produtores, o monopólio realmente expulsou de numerosos setores a livre concorrência; assim,

ainda, o nacionalismo propiciou o retôrno ofensivo do protecionismo e viciou a evolução liberal da economia.

Não obstante tais reservas, importa dizer que sob o aspecto social foi catastrófica a experiência liberal. Os economistas liberais enunciaram para longínquo futuro a repartição normal das riquezas: a miséria era muito grande para reagir e não trazer moderação às fórmulas liberais. Importa dizer com efeito que o liberalismo foi afastado antes de mais nada pela reação do bom-senso: proveio ela de operários, de certos patrões, de teóricos e práticos, da caridade cristã (tomada a palavra caridade no sentido mais largo, que é o verdadeiro) e dos marxistas.

CAPÍTULO 37

TEORIA DO FIM INTERMEDIÁRIO

1. Caracterizam as últimas doutrinas por nós expostas a atomização da sociedade, o completo insolamento de cada homem, a concorrência e a luta de interêsses opostos; e tudo isto vai levando a sociedade à maior anarquia política, econômica, social, intelectual e espiritual. Ora, não há pior clima para a liberdade. Se nêle medrou a liberdade, asfixiada não pôde vingar. O homem deixou-se levar por fórmula vazia e nada mais, pois a liberdade no individualismo nada tem de substancial. O homem sòzinho, desvinculado dos outros homens e separado de um centro único, do seu princípio e do seu fim, sentiu falta de apoio.

O isolamento do indivíduo levou-o ao socialismo, "fase inversa da decomposição em átomos, amálgama mecânico de átomos". O socialismo é apenas a outra face do individualismo, resultado da decomposição, da desagregação individualista. Está êle eminente como fatalidade dialética sôbre os caminhos da atomização da sociedade — diz profundo pensador — e ao individualismo é peculiar a ordem de princípios que só poderia levar ao socialismo. Socialismo e individualismo são igualmente hostis à concepção orgânica do mundo. Aparece o socialismo como vistoso sintoma do final do Renascimento; e faz êle cessar o livre jôgo da superabundância das potências criadoras do homem nos tempos modernos.

Ligam-se as fôrças humanas que necessàriamente dependem de um centro. Ora, êste centro não sendo mais religioso, torna-se social. O patético da individualidade criadora é substituído pelo patético do trabalho coletivo obrigatório e organizado e daí a individualidade do homem subordinada às coletividades, às massas. A figura do homem é eclipsada pelo fantasma de coletivismo sem fisionomia. A superabundância criadora dará lugar doravante à regularização. Transporta-se para o domínio

econômico o centro de gravidade da vida. Quanto às ciências e às artes, quanto à mais alta cultura criadora, quanto aos valôres espirituais, é tudo considerado como "reflexo". Converteu-se o homem em categoria econômica.

Provém o pan-estadismo moderno do individualismo, como conseqüência fatal a que deveria chegar a exagerada auto-afirmação do homem, a transferência do centro de gravidade da vida para o bem-estar humano. Assim veio a ser o homem o centro do mundo, onde só deve buscar o prazer. Mas no pan-estadismo a autonomia do indivíduo redunda na sua própria negação, o que aliás até certo ponto já se dava no individualismo. Fica o homem submergido na classe e no estado. O valor do homem, da sua alma individual e do seu destino individual é negado. Torna-se assim mero meio para a coletividade social alcançar o seu desenvolvimento.

O individualismo faz a ruína da personalidade do homem, privando-o da base espiritual, faz dêle simples indivíduo como os animais, destituídos de vontade. Querendo o homem libertar-se de tudo, longe de ter liberdade, acabou escravo de vários senhores, sujeito ao pesado fardo da escravidão, verdadeiramente aniquilado. Muito bem ainda diz o mesmo profundo pensador que a expansão de tais idéias daria por certo em individualismo extremo e em socialismo extremo, duas formas da atomização, da decomposição abstrata da sociedade e da personalidade humana. Na verdade, afastado o homem do centro espiritual e das fontes espirituais da vida, não tem a sua vida senão bases materiais e as cumieiras cobertas de mentiras. Decompõe-se o homem nos interêsses, desaparece tudo quanto é humano, confundido na estrutura das classes. O materialismo econômico, bem de acôrdo com o individualismo, traduz em fórmulas precisas a feição da sociedade burguesa, o seu rebaixamento espiritual, a sua sujeição ao lado material da vida.

Tanto no individualismo quanto no socialismo vemos cair em ruínas com os direitos todos do homem à sua *liberdade*. Individualismo e pan-estadismo são as duas faces da mesma moeda, o materialismo.

Repudiando o materialismo, que não satisfaz o homem e refugindo aos excessos característicos do individualismo e do socialismo, busquemos uma teoria que nos conduza à harmonia

dos direitos e da liberdade, ao bem da coletividade. É o que pretendemos fazer no presente capítulo, sem vislumbre de ecletismo, que seria a soma de dois erros equivalentes e contrários, falso equilíbrio dos que correm atrás da ilusão do justo meio entre o absoluto poderio do estado e o fanatismo individual.

Antes de passarmos ao nosso assunto, cumpre assentar preliminarmente que a liberdade é meio e não fim e é capital a importância desta verdade porque o meio é subordinado ao fim. Quando o homem se bate pela sua liberdade é só por que êle deseja ser livre? Não; é porque sòmente por êste meio poderá atingir a felicidade verdadeira. Logo, se vier alguém provar que o meio não corresponde ao fim, é preciso rejeitá-lo como inútil; e quando um meio só corresponde a um fim inteiramente oposto ao que se deseja é preciso proscrevê-lo como perigoso.

2. Não se congregam os homens em sociedade senão para alcançar coadjuvação e auxílio no adquirir os bens para cuja obtenção não se bastam as famílias em singular. Sanar portanto esta insuficiência é o fim do estado.

O fim do estado é a prosperidade pública ou o complexo das condições requeridas para que, na medida do possível, todos os membros orgânicos da sociedade possam conseguir por si a omnímoda felicidade temporal, subordinada ao fim último.

Entre estas condições, todavia, ocupa lugar primário o gôzo da ordem jurídica tal qual postula a estrutura da sociedade natural; lugar secundário, a abundância suficiente dos bens da alma e do corpo, os quais são necessários para realizar a dita felicidade, coisas estas que se não podem atingir suficientemente com a atividade privada.

A tese assim tão dilùcidamente exposta deve ser provada em suas várias partes, antes de nos conduzir à conclusão final.

Busca o estado satisfazer as necessidades para cuja consecução não basta nem o indivíduo nem a família nem a tribo, pois se bastassem não haveria motivo para surgir o estado cuja existência impõe restrições e sacrifícios à liberdade de cada família, assim como a existência da família impõe restrições à liberdade e também sacrifícios aos indivíduos.

Se a carência dos bens e serviços necessários à vida leva o agrupamento das famílias a constituir o estado, o fim do estado

deve ser o de suprir esta carência, promovendo todos os bens necessários ou úteis, que os indivíduos não podem conseguir só com a atividade privada. A suficiência dêstes bens constitui a prosperidade pública, que por sua vez constitui o fim do estado.

Acompanhando a lição de um dos maiores filósofos contemporâneos, Victor Cathrein, analisemos três pontos essenciais: 1) fim do estado é a prosperidade pública enquanto se distingue da prosperidade privada; 2) definição desta prosperidade, afirmando-se consistir no complexo de condições requeridas à prosperidade de todos; 3) determinação mais especial destas condições e qual delas ocupa lugar primário e precípuo.

3. O estado — diz o citado autor — não tem por escopo tornar diretamente feliz cada qual dos seus membros, pois a cada qual dêles é que compete ser o verdadeiro autor da própria felicidade. É dever do estado propiciar as condições sociais que *tornem possível* a cada um dos seus membros — mediante a *própria e livre cooperação* — conseguir o necessário à sua felicidade, enquanto realizável neste mundo. Para que o estado, portanto, cumpra o seu dever não é necessário que efetivamente torne feliz cada membro, mas que ofereça a cada um as condições e os meios para atingir a felicidade, de tal modo que ninguém seja excluído da felicidade comum em virtude da condição social criada ou tolerada pelo poder público.

Muito relativo entretanto é o conceito de felicidade terrena, porquanto depende da concepção da vida que cada povo tenha, em determinada época, assim como de várias outras contingências. Bem diversa há de ser a do beduíno que traduz o seu descanso no dito sentencioso: "É melhor estar sentado do que de pé; e é melhor estar deitado do que sentado" — verdadeiro contraste do norte-americano, cuja vida se caracteriza pela maior agitação, maior cúmulo de atividade.

Esta prosperidade pública que é o fim verdadeiro do estado dirige-se aos homens coletivamente considerados. Por isto é que é pública, não visa ao bem-estar de alguns ou de uma classe ou de um grupo ou de um partido, como também não visa à felicidade de cada um. Se buscasse a felicidade de cada um como seu fim imediato o estado teria o mesmo fim que tem cada pessoa ou cada sociedade doméstica. Confundir-se-iam esferas de atividades próprias e distintas, o que acarretaria a grave conse-

qüência de competir à autoridade pública o direito de administrar diretamente todos os bens privados, de prescrever a cada qual o modo de comer, de vestir, com quem casar etc., de forma que se destruiria tôda liberdade. A prosperidade privada não é o fim imediato do estado, mas sim a prosperidade pública.

Todavia, se todos os homens devem participar da prosperidade pública, não se segue daí que todos absoluta e igualmente devam participar dos bens públicos, mas sim que se não exclua ninguém da possibilidade de ser verdadeiramente feliz em qualquer condição. Assim, dos indivíduos e dos grupos que vivem no estado — pois a nossa teoria repudia a atomização da sociedade — nenhum dêles deve ser excluído da possibilidade de ser verdadeiramente feliz, aquinhoando-se cada qual de acôrdo com a sua condição social.

4. Sendo muito elástica a expressão prosperidade pública, convém de acôrdo com o citado filósofo assinalar as propriedades que a caracterizam e se acomodam com as condições já descritas:

1) A prosperidade pública deve ser um bem geral, quanto possa e convenha à justiça comum a todos os membros. Todos os homens por natureza tendem à vida social. Logo, no estado devem encontrar todos as condições indispensáveis à referida vida com as vantagens correspondentes. Seja dito o mesmo dos vários grupos, da família, da corporação etc., que igualmente devem viver no seio do estado. Não pode o estado, portanto, sem outro critério que o da justiça, aquinhoar uns indivíduos ou coletividades em detrimento de outros.

2) A prosperidade pública não pode ser *fim em si* porque deve subordinar-se ao bem dos cidadãos. Não são os homens que existem para o estado, mas é o estado que existe para os homens. Deve a prosperidade pública traduzir-se em bem-estar privado e público. Sendo de fato a associação política constituída de dois elementos distintos mas inseparáveis — os indivíduos e a coletividade — o bem comum é de duas sortes: uma respeita diretamente à unidade coletiva, que tem ser próprio e própria operação, distinta da dos membros. Êste bem coexiste na perfeição da sua organização, na sua potência, na sua conservação e desenvolvimento.

Há porém outra espécie de prosperidade pública e é formada daqueles bens que redundam em vantagem de cada membro. Evidentemente o primeiro deve ordenar-se como meio ao segundo, ou melhor, a atividade e a potência do mecanismo político deve refranger no bem de todos e de cada um dos indivíduos. Sendo assim, os objetivos do estado não podem levá-lo a sacrificar a geração presente em benefício das gerações futuras. Isto não quer dizer que não tenha direito o estado de exigir do indivíduo até o extremo sacrifício, porém os grandes sacrifícios hão de ser excepcionais e limitados. Se devessem ser freqüentes e gerais, não teria o homem razão válida para viver em sociedade e muito preferível seria a vida selvagem do pretendido estado de natureza.

3) A prosperidade pública deve ser um bem *externo* e *temporal desta vida.* O bom interno, enquanto tal, escapa à atividade do estado. Esta nota característica do fim do estado distingue-o da sociedade religiosa, cujo objetivo transcende o bem-estar terreno.

4) A prosperidade pública deve ser adequada a tôda a sociedade civil e só a ela porque a sociedade se especifica pelo seu fim. Não se confunde o estado com nenhuma outra associação justamente porque tem fim próprio diverso do de qualquer outra.

5) Deve ser *qualitativamente completa,* isto é, não excluir *per se* nenhum bem externo que possa ser útil à perfeição do homem dentro da ordem natural. Por isto já se considerou outrora o estado como sociedade completa e perfeita.

6) Longe de destruir a esfera da atividade privada, o estado deve antes ordenar-se a ajudá-la dentro de justos limites. Com efeito, não se congregam os homens em sociedade para perder a sua liberdade senão antes para alcançar coadjuvação e auxílio no adquirir os bens para cuja obtenção não são suficientes as famílias em singular. Sanar portanto esta insuficiência é o fim do estado.

7) Finalmente, a prosperidade pública que é o fim do estado deve *subordinar-se ao fim último do homem* ou encarar a felicidade honesta desta vida de modo que venha a ser meio

para a consecução daquele sumo e último bem que constitui a nossa felicidade eterna.

5. Consiste a prosperidade pública no complexo das *condições* requeridas para que todos os homens, individualmente ou em grupos sociais, possam atingir na medida do possível, livremente e pela própria atividade, a sua felicidade terrena.

São de dois gêneros estas condições:

1) negativas, consistentes na mútua paz e segurança da ordem jurídica como postula a estrutura orgânica da sociedade;

2) positivas, consistentes na cópia suficiente dos subsídios materiais e morais que na medida do possível fiquem ao alcance de todos, a fim de viverem vida feliz e honesta.

Assinamos o primeiro lugar à fruição da ordem jurídica. É ela que deixa livre o caminho para se alcançarem as condições do segundo grupo. Deve o estado reconhecer, garantir e proteger os direitos naturais de todos: vida, liberdade, propriedade etc. É o mesmo que dizer que a missão precípua e primária do estado consiste em fazer justiça a todos, pessoas individuais ou coletivas que vivem em seu território. Sem o reconhecimento e o respeito dos direitos, sem dar a cada um o seu, sem fazer justiça a todos, falha completamente o estado à sua finalidade e nem é possível realizar a tarefa positiva de prosperidade pública. Desnatura a sua missão e peca contra a verdade o estado que sob pretexto de propiciar a felicidade geral, principia por violar os direitos naturais do homem.

Importa, em primeiro lugar, gozarem todos da paz e segurança dos direitos. Ora, que confiança poderá inspirar o estado e qual a vantagem para os indivíduos quando, a pretexto de lhes dar ou de lhes propiciar direitos novos, lhes não assegura o estado a fruição dos direitos já adquiridos ou, pior ainda, daqueles que direta e imediatamente derivam do direito natural? Por isto, a primeira tarefa do estado é a tutela do direito, a segurança da liberdade, a distribuição da justiça: *Iustitia est fundamentum regnorum.*

Furtam-se a êste dever fundamental de modo igualmente lamentável e condenável os estados fracos e os estados fortes. Os estados fracos não asseguram os direitos dos cidadãos, não os protegem com a lei positiva para lhes garantir a eficácia com

imparcialidade e rigor. O mesmo acontece com os estados totalitários quando, mediante leis e tribunais feitos à feição das exigências, dos caprichos, do egoísmo e do espírito de dominação, também desprezam e conculcam os direitos primordiais do homem.

A ordem e a paz são indispensáveis para a prosperidade pública. A vida social é um tecido de interêsses particulares, que não raro entram em conflito, interêsses que soltos à mercê das vicissitudes, da cobiça hão de vagar danosos a serviço de tôdas as paixões, gerando assim a desordem, a insegurança, a miséria, o tripúdio do direito. Acima dos indivíduos e dos grupos importa elevar-se o estado em sua missão de justiça para tutelar o direito já prefixado nas normas emanadas dos seus legítimos órgãos.

Não se satisfaz esta missão de ordem e de paz apenas com a sua manutenção interna, dentro das lindas do território. A tutela do direito, a sua segurança e a da liberdade, podendo ser conturbada ou aniquilada por inimgos exteriores, levam o estado a estender a sua missão protetora também pelos âmbitos dêste outro campo. O exército e a diplomacia são por isto meios de que se vale o estado para atingir a sua missão tutelar do direito e da liberdade. De nada valeria preencher o estado modelarmente a sua função interna, assegurando a todos o gôzo de paz e prosperidade invejáveis, se viesse a falhar na sua missão de defesa contra o inimigo externo.

6. Insistimos em salientar que, quando nos referimos à segurança do direito e da liberdade, não aludimos tão-sòmente ao que afeta os indivíduos, mas também ao direito e à liberdade das famílias, das corporações, dos municípios, dos grupos sociais distintos do estado e que se constituem por direito natural ou positivo.

Além de assim garantir a todos o seu direito, o estado não deve desfazer-se de qualquer outra tarefa, porque a sua razão de ser não é só a tutela jurídica; deve ir em socorro da atividade privada, quando ela se mostra insuficiente para obter os bens espirituais e corporais necessários à consecução da felicidade temporal. Dentro dos limites da ordem jurídica que lhe incumbe tutelar, deve procurar os bens de todo gênero que se requerem

para que os indivíduos, por si, possam realizar a sua prosperidade privada, na prática de vida honesta.

Resulta daí que a autoridade civil, cujo fim é fazer que o estado preencha o seu fim, pode ordenar tôdas as coisas necessárias à prosperidade comum dos cidadãos, as quais se não obteriam de modo eficaz, sem a sua intervenção.

Mas, quais os limites desta intervenção? Entre que raias deve conter-se a atividade pública quando se propõe completar a atividade privada? Onde cessa o âmbito próprio da esfera particular e principia o da atividade pública? É impossível traçar linhas definidas, geométricas, o que explica de sobejo a diversidade das opiniões. As mesmas contingências de tempo e de lugar imperam poderosamente e tornam difícil a fixação dêstes confins.

Façamos breves considerações a respeito da intervenção do estado na esfera *dos bens econômicos,* na esfera *dos bens de ordem moral e intelectual,* na esfera *dos bens espirituais e religiosos.*

De modo geral em qualquer destas esferas a atividade do estado é meramente supletiva, deve êle auxiliar a atividade individual e de modo algum afastá-la ou excluí-la; há de vir-lhe em socorro com o pêso da sua fôrça, a fim de facilitar aos indivíduos e às associações privadas o preenchimento dos seus fins peculiares.

De modo geral, não deve o estado afastar-se, ainda aqui, de um critério superior de justiça. O seu auxílio à atividade privada, a sua ação supletiva, seja mediante trabalhos públicos seja mediante instruções ou ensinamentos, seja por meio de subsídios, deve sempre visar ao bem público, nunca ao bem particular dêste ou daquele cidadão, nem ainda ao desta ou daquela categoria de pessoas. Assim, auxiliando o comércio, a indústria, a agricultura, visará ao benefício geral dos agricultores, dos industriais, dos comerciantes e não ao bem particular de alguém ou mesmo ao bem particular da categoria dos agricultores etc. O bem público só pode lucrar com o auxílio à agricultura, à indústria, ao comércio, quando a ajuda geral e indireta atinge a todos quantos estejam nas mesmas condições, sem os desonerarem do seu labor próprio.

Acontece, porém, que o auxílio do estado muitas vêzes recaindo em determinado indivíduo ou em determinada classe vai

concorrer para a prosperidade geral e, ainda aqui, não é ilegítima a aparente parcialidade com que agiu o estado; não seria favoritismo, coisa que nunca há de influir na órbita da atividade do estado.

Resulta daí — escreve Dabin — que o bem público com os seus diversos elementos não representa, em relação ao bem dos indivíduos e dos grupos, senão um bem simplesmente *intermediário,* que na verdade não realiza o bem particular mas o condiciona, procurando o modo de cada um conservá-lo, adquiri-lo ou completá-lo. Noutros têrmos, o bem público com as suas instituições, com os seus serviços favoráveis à expansão das pessoas e das obras privadas, é em tudo e por tudo *meio,* que visa a um fim e que a êle se subordina.

É afastada, portanto, tôda idéia de que o bem público constitua tão-só o bem do estado, o que ao estado emprestaria a dupla e concomitante qualidade de sujeito e objeto do bem público, tornando-o fim de si mesmo.

7. Já aludimos à dificuldade de se estabelecerem limites precisos à intervenção do estado no domínio da atividade privada, já afirmamos que tal dificuldade em grande parte torna a matéria opinativa, livre, sendo o campo para se defender uma posição de maior ou menor ingerência do estado, atendendo-se à variedade das circunstâncias de tempo, de lugar e outras perfeitamente lícitas.

Ainda que de modo genérico, Cathrein fixou princípios para se estabelecer, num caso concreto, quando o estado é autorizado e quando é obrigado a tomar medidas atinentes a *promover* a prosperidade geral (coisa diferente da simples proteção do direito):

1) É a medida verdadeiramente útil à totalidade?

2) Basta a atividade individual ou é indispensável a intervenção do poder do estado?

3) O resultado esperado de tal intervenção é proporcional aos ônus impostos aos cidadãos? Os meios necessários importam a violação de direitos?

À luz dêstes princípios façamos a prometida incursão pela esfera dos bens econômicos, dos bens morais e intelectuais e, finalmente, pela esfera dos bens espirituais e religiosos. Evidentemente não vamos atender a medidas concretas e sim a considerações genéricas.

8. Entendem alguns que é vedada a intervenção do estado na ordem econômica. Não deve intervir para estabelecer restrições à produção, à circulação e ao consumo dos bens. Tão-só poderá cuidar da economia pública por meio de medidas indiretas, de assistência técnica e de auxílios à produção e à circulação das riquezas. Nada mais. Consideram daninha a interferência do estado na ordem econômica porque ocasiona crises, pletora de mercadorias sem troca internacional, desequilíbrio e anarquia nos mercados, desocupação de grandes massas de trabalhadores e a miséria, com gáudio dos exploradores do povo, que no regime da liberdade econômica não lograriam a formação de *trustes, cartéis* etc. É a tese da separação entre o *político* e o *econômico.*

Contra ela insurge-se com argumentos excelentes Dabin: "Sem dúvida — escreve — não é tarefa própria do estado exercer funções econômicas, produzir riquezas, fazê-las circular, efetuar a repartição de salários, lucros ou juros. Estas tarefas, com as competências e as responsabilidades consecutivas, incumbem aos indivíduos, isolados ou agrupados nas sociedades, nos sindicatos, nas cooperativas, nas corporações, nas associações econômicas de tôda espécie. É solução normal, porquanto as necessidades e as faculdades econômicas têm o seu primeiro assento no indivíduo; é a solução prudente, porque a liberdade econômica é a garantia das liberdades. Mas em economia como em todos os domínios em que o homem se aplica a atividades externas, o bem público manifesta as suas exigências mais ou menos imperiosas, segundo os tempos, os lugares e os objetivos materiais. Então a função política entra em cena: o estado adquire competência, deve ter uma *política econômica* para o interior e para o exterior".

Asseveram Hauriou e Renard que além do aspecto pròpriamente econômico, o estado tem por obrigação levar em conta, quer as repercussões do econômico sôbre o político quer as necessidades econômicas em face da defesa nacional, quer finalmente em face da própria tutela dos direitos e segurança das liberdades, que exigem certa fôrça econômica do estado, fôrça propiciadora dos indispensáveis meios de equilibrar as atividades

des econômicas dos particulares, muitas vêzes verdadeiras potências econômicas.

Não concordamos, portanto, com a tese da separação entre o político e o econômico, defendida por alguns brilhantes espíritos que aliás incidem no êrro que apontam, quando aceitam o individualismo capitalista e o liberalismo econômico. Querem que ao livre jôgo das leis naturais da concorrência econômica fique abandonada a distribuição da riqueza e do trabalho. Deve o estado ser banido da economia, para que ela fique entregue, com a exclusão da sua interferência, só aos mecanismos naturais, ùnicamente por cuja virtude há de ser instaurada ou restaurada a ordem econômica.

A nossa atitude distancia-se dessa tese, assim como está bem distante das teorias socialistas, que parecem divisar como precípua função do estado a solução do problema econômico, assumindo assim o estado o papel de estado-Providência. Convertendo a economia em serviço público centralizado ou não, estas teorias instituem a "burocracia" das atividades econômicas, planificando-as e dando-lhes a direção que o estado entende.

Como vimos no capítulo anterior, subtrair o estado de modo absoluto a tôda e qualquer interferência no domínio econômico como pretende o individualismo capitalista é torná-lo cúmplice e consagrador das injustiças sociais mais aberrantes. Cabe ao estado remediar as injustiças sociais, embora sem esperança de pôr côbro a todos os desmandos e sem a pretensão de implantar o paraíso na terra, mas tanto quanto lhe fôr possível realizar o reinado da justiça. E o que se diz dos indivíduos diga-se também da família, da corporação, das outras associações profissionais, do município e, afinal de contas, das exigências da prosperidade geral.

As influências econômicas refletem-se em outros domínios, criam e transformam situações e assim nunca podem ser indiferentes à prudência política, que deve discernir os benefícios e malefícios próximos e futuros, em que redundarão os fenômenos econômicos. Tanto mais que não é verdade que todos êles sejam sempre naturais, pois a astúcia, a ganância o egoísmo torcem com muita arte as leis econômicas naturais, fazendo delas verdadeiros mecanismos artificiais, brinquedos em mãos habilidosas.

É impossível estar de acôrdo com doutrinas que obrigam o estado a assistir de braços cruzados ao empobrecimento geral, ao perecimento de muitos pela fome, esquecido dos seus deveres, assim friamente reduzido a mero espectador das últimas conseqüências das leis econômicas, sempre avêssas a tôda benignidade

O princípio fundamental da política econômica é o de entregar a economia às mãos dos indivíduos, isolados ou em grupos; mas neste como em outros domínios importa o estado manter a ordem, introduzir a harmonia, auxiliar e suprir as deficiências particulares, pois nisto consiste a sua tarefa de realizador da prosperidade pública.

Onde é mais necessária e ao mesmo tempo mais delicada a ordem oriunda da justiça, a ordem geradora da paz, do que na esfera das relações econômicas, entre patrões e operários, entre produtores e consumidores, entre concorrentes nacionais e estrangeiros? *Não se confunde largamente a paz social* e por vêzes mesmo a paz internacional com a *paz* econômica? "Desenvolvimento é o nôvo nome da paz" (*Populorum progressio*). É indispensável também certa dose de coordenação das atividades livres para conseguir o equilíbrio mais ou menos estável entre a oferta e a procura, entre os diferentes ramos da produção, entre a exportação e a importação... Auxílio enfim que, sob as formas múltiplas da organização do crédito e dos mercados, da política comercial e dos trabalhos públicos... aparece cada vez mais útil.

E assim plenamente *se justifica a substituição da iniciativa privada, quando debilitada e incapaz, pelas organizações públicas.* Evidentemente tanto na economia quanto em outros domínios, esforçar-se-ão os interessados para exercerem êles próprios, por meio de instituições apropriadas, estas funções de ordem, de coordenação, de auxílio. O estado há de animá-los a isto e, quando necessário, poderá ir até ao constrangimento. Se os interessados são inertes ou incapazes de agir, então diretamente há de intervir o estado como *ultimum remedium* a uma situação de anarquia prejudicial ao bem público.

De modo algum significa adesão à "economia dirigida", fórmula de estatização da economia, porquanto não incumbe ao estado dirigi-la, nem ser, pelo contrário, *Nachtwächter*, segundo a mofa com que Lassalle batizou o estado liberal, mero guarda-noturno.

Incumbe-lhe sòmente fazer prevalecer a norma do *bem público econômico,* por sua vez subordinado ao bem público geral e humano. A iniciativa privada e a direção privada importa serem conservadas nos negócios econômicos como grande bem, o que não priva de serem sujeitas a normas destinadas a salvaguardar a justiça, já atendendo à proteção dos fracos, já atendendo ao mínimo de coordenação racional entre as fôrças econômicas independentes. Esta interferência política no campo econômico é plenamente justificada.

Como diz Dabin, cada qual tem esfera de ação própria: cabe aos particulares a economia com a liberdade e a responsabilidade; cabe ao estado a política econômica apta a remediar, na medida do possível, os inconvenientes da liberdade. Não são campos diferentes, não é possível delimitação precisa entre uma e outra esfera, de modo que insensìvelmente o estado possa invadir indevidamente o domínio econômico. As exigências para a sua ação por isto mesmo devem ser as mais cautelosas possíveis; prudência não significa abstenção e a abstenção não há de ser imposta pelo mêdo de errar, porquanto a política também é ciência e como tal dispõe de princípios certos para resolver os seus problemas.

Conseqüentemente, se não acolhemos a separação entre o político e o econômico, reconhecemos, entretanto, a distinção entre um e outro e só compreendemos a intervenção do estado, quando ela se impõe como estrita exigência do seu fim. O fim do estado é a norma e a medida da sua interferência tanto nos fenômenos naturais econômicos quanto nos artificiais.

O essencial é não esquecer que a prosperidade econômica não pode ofender a justiça social. Daí também não dever o estado cruzar os braços, indiferente a tôda injustiça. Por outro lado, incumbe-lhe tarefa positiva na prosperidade pública, o que o leva a intervir no econômico, quando seja preciso e muitas vêzes esta sua intervenção constitui estrito dever. O individualismo gera o socialismo. Traduz-se êste pela intrusão crescente do estado na vida econômica, pela propensão mais ou menos acusada de dispensar a atividade econômica dos vários grupos sociais, família, corporações, associações, para confiá-la diretamente ao estado. Surgem então as múltiplas nacionalizações, os numerosos monopólios do estado e os abundantes regulamentos administrativos.

9. No tocante à esfera dos bens morais e intelectuais e também na dos bens espirituais e religiosos, não se pode de modo absoluto impedir a interferência do estado sob pretexto de que a sua ação é sòmente exterior.

A matéria é delicada, é difícil. Não seja, porém, razão para fugirmos à sua análise, muito embora sem nos demorarmos nela. Basta definir a nossa posição em face das doutrinas opostas.

O estado não pode ser manancial de idéias nem fonte de costumes. O que êle pode fazer é propiciar o meio de propagação das boas idéias, cuidar do melhoramento dos costumes, da educação do povo; proteger a população contra os abusos da licença, quanto ao desprêzo dos valôres da civilização, assim intelectuais como morais.

Longe dêle, porém, a imposição de qualquer sistema de pensamento, de normas e modos de proceder, de que seria o único regulador e inspirador. A missão civilizadora ou cultural do estado deve ser orientada para a colaboração externa, diligente e avisada, mas muito respeitosa do espírito, que tem o direito de conservar a plena liberdade da sua expansão e das suas obras, salvaguardada a ordem pública.

Assim como o estado não é pai de família, também lhe não incumbe "dirigir" o ensino ou a educação, pois o estado como tal não tem competência, seja de direito, seja de fato, para formar as inteligências e os caracteres. Cuidando do bem completo dos seus membros, velará o estado a fim de que o ensino e a educação sejam distribuídos a todos; deverá empregar os dinheiros públicos para isto. Mas em suas próprias escolas nenhuma doutrina do estado, só porque é do estado, há de ser professada, uma vez que a verdade é independente da vontade do estado, como também é independente da vontade individual dos seus dirigentes.

O papel do estado neste como nos outros setores é o de secundar a iniciativa privada das famílias, dos indivíduos e das associações que se dedicam à educação, fornecendo-lhes os meios de que carecem quando insuficientes as próprias fôrças. Tem de curvar-se à ciência e na medida em que as crenças entram em jôgo deve respeitar a convicção dos pais. Com isto é afastada a pretendida neutralidade inscrita na fachada das escolas públicas de tipo uniforme. A neutralidade é uma doutrina e foi, nos

tempos recentemente passados, doutrina do estado, mas doutrina em que as famílias não podem ser obrigadas a acreditar.

É mister ainda maior cautela no que diz respeito à religião. Há o bem público religioso, cujo cuidado não é incumbência direta do estado, mas da Igreja. A satisfação dêste bem público religioso exige, em parte, meios terrestres. A religião apresenta também aspectos temporais, não se reduz à vida íntima da consciência e envolve também realidades de outra ordem, como instituições da vida pública temporal, social e política. Surgem então as questões mistas, cuja solução exige a coordenação entre a igreja e o estado, tais como as relativas ao culto e à escola. Ora, quem diz coordenação, cooperação, afasta as posições extremadas do estado, tanto de abstenção, como de absorção.

10. De tudo quanto foi dito, verificamos a preeminência do estado entre os grupos e a limitação das suas atividades, tendo-se em atenção única e exclusivamente a sua finalidade, pois esta é que lhe dá a essência. A sua natureza, os seus direitos e deveres dependem do fim para que existe.

Vimos também em que grau é o indivíduo subordinado ao estado. Vimos, finalmente, que o estado é *fim parcial* e *intermediário* para o homem.

É por isto que Brucculeri ao indagar qual é a vocação do estado, termina com esta peremptória afirmativa: "Servir à pessoa humana".

CAPÍTULO 38

REFUTAÇÃO DO COMUNISMO. A SOCIETIZAÇÃO.

1. Façamos a exposição do pensamento de Marx. Reduz-se substancialmente a êstes pontos:

Materialismo dialético

O sistema de Marx surgiu do encontro do idealismo de Hegel com o materialismo de Feuerbach.

Diz Hegel que a realidade fundamental é a idéia e que a idéia não é estática mas dinâmica; desenvolve-se segundo a dialética da tese, antítese e síntese, isto é,

a) realidade fundamental é a idéia, o pensamento (pelo que se denomina geralmente também idealismo lógico ou panlogismo); tudo o mais não passa de manifestação do pensamento, de sua derivação;

b) a idéia não é estática mas dinâmica; não é fixa mas desenvolve-se (e desenvolve-se segundo dialética particular); por conseqüência, também o mundo religioso, artístico, jurídico, etc., não é estático, mas transforma-se.

Para Feuerbach, pelo contrário, a realidade fundamental é a matéria e a matéria não é dinâmica mas estática. Assim:

a) a realidade fundamental é a matéria; tudo o mais não passa de derivação e de manifestação da matéria; em particular, o pensamento, a arte, a religião, a concepção jurídica, etc. nada mais constituem que derivação e manifestação da matéria;

b) a matéria não evolui, mas é fixa; por conseqüência também as realidades derivadas (concepção religiosa, artísticas, etc.) não se transformam.

De Hegel, de quem foi discípulo entusiasta, aceita Marx o segundo elemento e rejeita o primeiro; de Feuerbach ao contrário, aceita o primeiro e rejeita o segundo. Chega-se assim à concepção seguinte:

a) a realidade fundamental é a matéria; tudo o mais não passa de manifestação e derivação da matéria; por conseqüência a arte, a religião, a filosofia, o direito, etc., nada mais são do que derivações da matéria;

b) a matéria evolui contìnuamente; por conseqüência também o mundo artístico, religioso, filosófico, jurídico, etc., evoluem contìnuamente.

Materialismo histórico

A pouco e pouco entende Marx por matéria o mundo da economia, ou seja, o mundo da produção e da distribuição dos bens. Assim chegou Marx à seguinte concepção geral: a) realidade fundamental é a realidade econômica, tudo o mais é derivação da realidade econômica; b) a realidade econômica desenvolve-se contìnuamente (logo, tôda realidade se desenvolve contìnuamente); por conseqüência: c) para conhecer o modo e os resultados da evolução no campo religioso, social, etc., importa enxergar o modo e os resultados da evolução no campo econômico.

Missão do filósofo por conseqüência, é estudar as leis da evolução econômica da sociedade antiga (escravagista) até à sociedade medieval (servos da gleba), da sociedade medieval à sociedade moderna (capitalista), da sociedade moderna à sociedade futura.

Dêste trabalho ingente, Marx estudou completamente quanto respeita à sociedade capitalista. Indicou-lhe a origem, traçou-lhe a linha de desenvolvimento e indicou-lhe a extinção.

Origem, desenvolvimento e perecimento da sociedade capitalista

1. *Origem da sociedade capitalista*: — Em certo momento da história, por motivos diversos, alguns homens encontraram-se na necessidade de colocar o próprio trabalho à disposição de outros, de vender o próprio trabalho. Em outros têrmos: também o trabalho é mercadoria e em certo momento nasceu o comércio do trabalho.

Ora, em tôda mercadoria importa discutir dois valôres: o valor de uso e o valor de troca. É o primeiro, a capacidade que a mercadoria tem para satisfazer às necessidades humanas, a posição que tem para satisfazer as exigências de quem a compra (por exemplo, o valor do uso do pão é a sua capacidade de saciar a fome de quem o compra); o segundo, é a atitude, a capacidade de a mercadoria ser trocada por outra, ou seja, a posição de uma coisa para com ela se obter outra. Deriva a primeira das propriedades físicas e químicas da própria coisa (por exemplo, o valor do uso do pão deriva das propriedades físicas e químicas do pão). Deriva o segundo exclusivamente do trabalho humano necessário à sua produção; de fato, pensa Marx, tôda troca é baseada na igualdade de quanto se dá e de quanto se oferece, o que importa é haver um elemento comum entre as duas coisas; ora, o único elemento comum que se dá e que se recebe é o trabalho humano; de fato, as duas coisas que se trocam não têm de comum a quantidade (que pode ser diversa), nem as qualidades (que também podem ser diversas), nem outros elementos fora do trabalho humano; por conseqüência a troca é baseada no trabalho humano necessário para produzir as mercadorias que se trocam, ou seja: o valor de troca da mercadoria deriva exclusivamente do trabalho humano. Por último, a troca é justa quando se dá o valor de uso da mercadoria e se recebe o seu valor de troca.

Por conseqüência também nesta mercadoria especial, que é o trabalho humano, ocorre distinguir o valor de uso e o valor de troca; também para o trabalho humano o valor de uso deriva das suas propriedades; o valor de troca, pelo contrário, provém exclusivamente do trabalho necessário à sua produção e, por fim, a troca desta mercadoria especial será justa quando o trabalhador ceder o valor de uso e receber o valor de troca.

Fato singular surge aqui. O valor de uso do trabalho humano é superior ao seu valor de troca; ou seja: o trabalho humano produz, em determinado período, mais coisas do que consome.

Há, portanto, certa quantidade de bens que, como conseqüência do comércio do trabalho, ficam para o comprador desta mer-

cadoria especial e singular. Esta margem de bens, denomina Marx, plusvalor, que, por isso, poderá definir-se: diferença entre os bens produzidos pelo trabalho e os bens necessários a produzir o trabalho humano.

2. *Desenvolvimento da sociedade capitalista*: — É óbvio que o comprador dessa mercadoria especial que é o trabalho humano, ou seja, o patrão, busque aumentar o plusvalor. Como todo bom comerciante, há de procurar ter produtos sempre melhores (ou seja, um trabalho humano mais produtivo) a preços sempre mais favoráveis (pagando-o o menos possível).

Só se pode atingir êste *desideratum* ou aumentando a capacidade produtiva do trabalho humano ou diminuindo o seu custo ou então conjuntamente de um e de outro modo.

O aumento da capacidade produtiva do trabalho obtém-se ou aumentando as horas de trabalho ou aumentando a potência da possibilidade do trabalhador (por exemplo, por meio das máquinas).

A diminuição do custo do trabalho obtém-se empregando por exemplo pessoas que, em igualdade de rendimento, custem menos (mulheres e crianças).

Seguindo tais critérios obtém-se o aumento sempre maior do plusvalor e, por conseqüência, o aumento de riqueza, até acumular todos os bens em número de proprietários cada vez menor. Pelo que se pode afirmar que a sociedade capitalista por sua natureza tende a diminuir sempre mais em número e a aumentar sempre mais em poder os proprietários de bens e, de outra parte, a aumentar sempre mais em número e a reduzir sempre mais em possibilidade de vida os trabalhadores.

3. *Perecimento da sociedade capitalista e origem da sociedade comunista*: — Continuando a desenvolver-se a sociedade capitalista segundo a lei delineada chegará o momento em que tôda a riqueza estará concentrada em pouquíssimas mãos ao passo que grande parte da humanidade jazerá em condições de vida impossíveis.

Neste momento, a massa dos proletários espoliará os poucos proprietários. Os meios de produção ficarão na posse da comunidade. A sociedade capitalista transformar-se-á na sociedade comunista.

Desta última sociedade Marx não sabe dizer muita coisa. Genèricamente distingue duas fases:

Primeira fase da sociedade comunista: Nesta primeira fase, a realidade fundamental econômica já será evoluída, mas as realidades derivadas (concepções jurídicas, religiosas, artísticas, patrióticas, etc.) permanecerão ainda estacionárias. Estará ainda vigente o princípio de que cada qual há de receber em relação ao que dá, em relação ao trabalho prestado. Assim como nem todos poderão ou quererão prestar o mesmo trabalho, conservando-se da sociedade capitalista as diferenças de posição, de vontade, etc., nem todos terão a mesma retribuição de acôrdo com as próprias necessidades.

Segunda fase da sociedade comunista: Com o caminhar dos tempos, também as condições jurídicas, religiosas, etc., adequar-se-ão à nova estrutura econômica. Formar-se-á a consciência comunitária. Cada qual há de dar segundo as suas próprias possibilidades e há de receber segundo as próprias necessidades. Tôda verdadeira desigualdade há de desaparecer. Será o mundo uma grande família.

Podemos concluir, por conseqüência: a sociedade capitalista nasceu do comércio do trabalho, desenvolveu-se no sentido da acumulação progressivamente maior em número de mãos e sempre menor de proprietários; caminha e fatalmente há de terminar, por fôrça de suas leis, na sociedade comunista. Conseqüentemente, ainda as concepções derivadas (religiosas, filosóficas, jurídicas, etc.) se desenvolverão adequando-se à nova estrutura econômica.

Crítica do marxismo

II. E' contrário à sã razão o comunismo marxista pelos argumentos seguintes:

1. Afirma que a realidade fundamental é a realidade econômica e que tudo depende da realidade econômica. Ora, isto é falso. Realidade fundamental é a realidade espiritual. Antes de tudo, a realidade espiritual divina, ou seja, Deus, Ser infinito, perfeitíssimo, criador, conservador de tôdas as coisas; princípio

e fim de tôda realidade. No mundo criado, portanto, a realidade fundamental é o espírito, a alma. Por ela somos inteligentes e livres. Por ela não somos mais simples átomo na imensidade dos mundos, peça insignificante na gigantesca máquina do universo, mas o fim a que tudo é ordenado, o vértice a que tende tudo.

2. O comunismo marxista afirma que a realidade se desenvolve, encaminhando-se fatalmente para a sociedade comunista. Ora, isto é falso. A realidade social caminha, mas esta evolução não é fatal, sendo fruto da livre atividade humana; além disso não caminha para o comunismo, mas para a difusão sempre mais vasta da verdadeira propriedade privada, ou seja, da propriedade privada como função social.

3. O comunismo marxista afirma que o trabalho humano é mercadoria. Ora, isto é falso. O trabalho humano participa da dignidade da pessoa humana.

4. O comunismo marxista afirma que o valor de troca das mercadorias deriva exclusivamente do trabalho humano, socialmente necessário à sua produção. Ora, isto é falso. O valor de troca deriva tanto do trabalho humano necessário à sua produção quanto da qualidade da coisa em questão e das necessidades (reais ou fictícias) do comprador.

5. O comunismo marxista pressupõe que o único motivo que leva o homem a agir é o estímulo econômico. Ora, isto é falso. Pode o homem agir também por outros estímulos.

6. O comunismo marxista afirma a necessidade da luta de classes tendente a suprimir tôdas as desigualdades sociais. Ora, isto é falso.

Por tudo quanto dissemos, concluímos que o comunismo marxista é contrário à reta razão. Combatê-lo, portanto, é um direito e um dever.

A societização

III. A sociatização, na acepção de movimento tendente a assegurar às classes mais pobres condições melhores de vida e mais larga participação nos bens da terra, como movimento tendente a suprimir os abusos da propriedade privada, limitando-lhe eventualmente a extensão e acentuando-lhe a função social, é exigência do direito natural. Preconizá-la, portanto, é direito e dever.

Não é completamente livre o homem no uso dos seus bens. Não tem o direito de dispor dêles como pensa, só de acôrdo com a sua vontade e o seu capricho. Como em tôdas as outras coisas, assim também no uso dos bens há a finalidade intrínseca cujo desconhecimento não é lícito. A riqueza, como a nobreza, acarreta obrigações. Por elas o seu proprietário coloca-se no centro do sistema de círculos concêntricos, cada vez menos acentuados, menos visíveis, mas sempre mais amplos, até compreender a humanidade inteira.

Importa insistir sôbre tais deveres da propriedade privada e insistir muito nestes tempos, se quisermos resolver de fato os problemas que o comunismo coloca e dar resposta sincera às aspirações de grande parte da humanidade. Hoje, mais do que nunca, importa recordar que a propriedade privada nem é ídolo, nem é cariátide, mas apenas meio para que todos os homens participem convenientemente dos bens que Deus colocou no mundo.

CAPÍTULO 39

A SOBERANIA ESTADUAL E A ORDEM INTERNACIONAL

1. As relações entre os estados são disciplinadas por ordenação jurídica adequada, a ordenação da comunidade internacional. Assim, as ordenações estaduais abstêm-se de legislar a respeito.

A comunidade internacional preexistiu ao aparecimento do estado, que lhe reconhece a competência em matéria internacional.

Trata-se, entretanto, de questão de fato e há alguns exemplos em sentido contrário: estados que submetiam o seu direito interno às convenções concluídas com outros estados.

Assinala-se em geral a incompetência do estado nas matérias internacionais, assim como acontece nas matérias religiosas. Não se trata, porém, de disposição do direito positivo interno. O estado há de abster-se, pois o campo próprio é o direito internacional. Outros estados não concordariam com atitude diferente.

Todavia tal proibição não se encontra na ordenação jurídica interna; nem é inerente à sua qualidade de estado, de tal sorte que tivesse de renunciar a ser estado e supusesse outra definição para incluir tal competência entre as que lhe são características.

2. Estudemos as duas hipóteses: a do primado do direito interno e a do primado do direito internacional. Na primeira hipótese, segundo Kelsen, existem sòmente os direitos internos, cada qual dêles tem a sua unidade e constitui um sistema *per se* de direito e cada um dêles, além de disciplinar as matérias chamadas internas, disciplina também as próprias relações com o exterior.

Nesta hipótese os tratados valem para cada estado porque a sua obrigatoriedade é prescrita pela constituição daquele estado e valem evidentemente só nos limites em que tal obrigatoriedade é prescrita de tal modo e podem ser equiparados às leis, ou eventualmente ainda superiores às leis ordinárias, mas comumente inferiores às supremas normas constitucionais internas das quais recebem o valor.

Na segunda hipótese, pelo contrário, só existe o direito internacional e as ordenações internas são apenas simples partes dêle, ou seja, ordenações derivadas: seria o mesmo que o direito internacional autorizar cada estado a imperar em dada esfera, assim como cada estado concede certos podêres às comunas ou às províncias. As constituições estaduais teriam o seu valor como proveniente das normas internacionais e seriam inferiores às normas convencionais e consuetudinárias internacionais, nas quais aurem o próprio valor.

Tudo isto, entretanto, contradiz os postulados mais fundamentais kelsenianos. Não nos esqueçamos de que para Kelsen a norma fundamental por êle colocada na cabeça de tôda ordenação jurídica nada acrescenta ao direito positivo e nada mais é que a afirmação, sob a forma de hipótese, de que o sistema de direito positivo é valido e obrigatório ("General Theory", trad. cit., p. 117): "A norma fundamental é apenas o pressuposto necessário de qualquer interpretação positivista do material jurídico"; idem p. 118: "Formulando a norma fundamental não introduzimos nenhum nôvo método na ciência do direito. Tornamos explícito simplesmente quanto entendem todos os juristas, em geral inconscientemente, ao considerarem o direito positivo como sistema de normas válidas e não apenas como sistema de fatos, repudiando ao mesmo tempo tôda lei natural da qual o direito positivo receberia a sua validade".

Como Kelsen pode fazer estas afirmações e ainda estoutra: "A norma fundamental de uma ordenação jurídica estadual não é o produto arbitrário de uma imaginação jurídica; o seu conteúdo é determinado pelos fatos" (p. 121), quando o próprio jurista, com a sua liberdade de escolher uma ou outra hipótese, antes de ser determinado pelos fatos, os determina? É o jurista que decide qual seja a ordem das fontes, se o tratado está acima

ou debaixo das normas constitucionais internas; é o jurista que decide quais sejam as normas que constituem a ordenação jurídica, pois conforme se escolha uma ou outra hipótese varia notàvelmente (e tal o admite o próprio Kelsen) o material jurídico. Kelsen é tão perfeitamente coerente quando fala de liberdade de escolher entre várias ordenações estaduais, pois de fato há várias ordenações positivas e o jurista é livre de aceitar como válida uma ou outra: pode aceitar como válida a ordenação brasileira e portanto negar validade às outras, reduzidas a simples fatos; ou aceitar como válida a ordenação argentina e então negar validade a qualquer outra.

Em todos êstes casos o jurista se deixa determinar pelos fatos, porque as coisas são realmente assim, porque as normas brasileiras de fato não são conexas com as argentinas, porque a ordem entre as fontes do direito brasileiro, se a esta considera como válido e a êle dirige os seus estudos, é a dada pelo próprio sistema positivo brasileiro, porque as normas que compõem a ordenação brasileira são as ligadas por um mesmo princípio de positividade. A perda da positividade de parte do sistema importaria a perda de positividade de tôdas as demais, enquanto deixaria inalterada a positividade que apresentam, por exemplo, as normas de que é composto o direito argentino.

O que constitui um conjunto de normas ligadas entre si, pois repousam sôbre um mesmo centro de fôrças sociais, de autoridade e em última análise de positividade e que conseqüentemente se unem uma com a outra, consta de dado positivo. Se, como afirma Kelsen, a norma fundamental quer ser afirmação do direito positivo, deve adequar-se a êle. A liberdade de escolha entre o primado do direito interno e o primado do direito internacional certamente é possível, mas com a condição de abandonar o terreno firme da positividade e penetrar na da imaginação jurídica, o que repugna a Kelsen.

Se se quer permanecer coerente com o método positivo, importa reconhecer que, para que se proponha o problema da validade de uma ordem positiva, haja antes de mais nada a existência de fato de uma ordem positiva, a saber, de uma ordem que positivamente se coloque como ordem autônoma *per se*, com o seu significado e a sua integridade interiores.